

Fri bevegelighet av tjenester, innsynsrett for tillitsvalgte og sosial dumping

**Om innsynsrett for tillitsvalgte i medhold av allmenngjøringsloven §
11 femte ledd**

Kandidatnummer:

219

Leveringsfrist:

12.4.2010

Til sammen 29 819 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>BAKGRUNN, TEMA OG PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema, problemstilling og avgrensning	3
1.2	Metode	5
1.3	Avhandlingens oppbygning	7
<u>2</u>	<u>PLASSERING AV ORDNINGEN INNSYNSRETT FOR TILLITSVALGTE</u>	<u>7</u>
2.1	EUs utstasjoneringsdirektiv	8
2.2	Tiltak i andre medlemsstater	10
2.3	Norske tiltak i forlengelse av utstasjoneringsdirektivet	12
2.3.1	Nærmere om allmenngjøring av tariffavtaler	14
2.3.2	Tiltak i handlingsplaner mot sosial dumping	17
2.3.3	Styrking av Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet	18
2.3.4	Oppdragsgiveransvar – påseplikt og solidaransvar	19
2.3.5	Regler om ID-kort i bygg- og anlegg- samt renholdsbransjen	22
2.3.6	Innsynsrett for tillitsvalgte	23
<u>3</u>	<u>DE EØS-RETTLIGE TJENESTEREGLENES RAMMER FOR REGLER OM INNSYNSRETT</u>	<u>24</u>
3.1	Innledning	24
3.2	Grenser for tillitsvalgtes innsynsrett under traktatbestemmelsene	28
3.2.1	Innledning	28
3.2.2	Restriksjonsvurderingen	29
3.2.3	Unntaket – reglene om tvingende allmenne hensyn	33
3.2.4	Proporsjonalitetsvurderingen	39

3.3	Grenser for tillitsvalgtes innsynsrett under utstasjoneringsdirektivet	47
3.3.1	Nærmere om utstasjoneringsdirektivets artikkel 5	47
4	<u>UTFORMINGEN AV REGLENE OM INNSYNSRETT</u>	54
4.1	Innledende bemerkninger	54
4.2	Rettighetssubjektet	55
4.2.1	Begrepet "tillitsvalgt" etter forskriften	56
4.2.2	Den tillitsvalgte skal være tilknyttet hovedleverandør	61
4.3	Plikter utløst ved utøvelse innsynsrett	62
4.3.1	Opplysningsplikten	63
4.3.2	Medvirkningsplikten	67
4.4	Pliktsubjekter og innsynsretten	71
5	<u>ER INNSYNSRETTEEN I OVERENSSTEMMELSE MED DE EØS-RETTLIGE TJENESTEREGLENE?</u>	72
5.1	Problemstillingen	72
5.2	Utsstasjoneringsdirektivets artikkel 5 som utgangspunkt	73
5.3	Utgjør innsynsretten en restriksjon?	76
5.3.1	Utgjør selve regelverket en restriksjon?	77
5.3.2	Utgjør tillitsvalgtes utøvelse av myndighet i medhold av regelsettet en restriksjon?	79
5.3.3	Oppsummering	82
5.4	Kan innsynsretten sies å fremme tvingende allmenne hensyn?	82
5.5	Er innsynsretten en proporsjonal ordning for å sikre tvingende allmenne hensyn?	88
5.5.1	Et utgangspunkt for diskusjonen	88
5.5.2	Behovet for en innsynsrett for tillitsvalgte	89
5.5.3	Er innsynsrett en egnet utvidelse av tilsynsmekanismene for å tilfredsstille det behovet?	90
5.5.4	Er innsynsretten en forholdsmessig utvidelse av tilsynsmekanismene for å tilfredsstille det behovet?	91

5.6	Med utstasjoneringsdirektivet artikkel 5 som endestasjon	99
------------	-----------------------------------------------------------------	-----------

Kildeliste og litteraturliste	102
--------------------------------------	------------

1 Bakgrunn, tema og problemstilling

Med utvidelsen av EU i 2004 ble det opprettet et frihandelsområde mellom land med store forskjeller i arbeids- og lønnsvilkår. Dette medførte en ny konkurransesituasjon mellom virksomheter fordi en vesentlig del av kostnadene, ikke minst lønn til arbeidstakere, avhenger av hvor virksomheten er lokalisert. Arbeidstakere fra land med lavt lønnsnivå og svakt vern om ansettelses- og arbeidsvilkår kunne få et konkurransefortrinn i land hvor lønnsnivået er høyere og reguleringen av arbeidsvilkår strengere. Og virksomheter som benytter slik arbeidskraft, kunne få et konkurransefortrinn framfor andre virksomheter. Det er ulike betegnelser for fenomenet. Begrepet sosial dumping brukes ofte, når det dreier seg om lavtlønnede arbeidere fra andre land.¹

I de senere år har EU og flere medlemsstater i EU/EØS innført nye ordninger for å sikre arbeidstakere en minimumsstandard mht arbeids- og lønnsvilkår. Slike endringer har fått konsekvenser også for Norge, som ved EØS-avtalen (1994)² ble innlemmet i EUs indre marked. *Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71 EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting*, dvs. EUs utstasjoneringdirektiv, ble gjort til norsk rett ved *Forskrift om utsendte arbeidstakere* av 16. desember 2005.

Utsasjoneringdirektivet spesifiserer at medlemsstatene har forpliktelser overfor utsendte arbeidstakere, og at det skal finnes ordninger som sikrer at bestemmelser om en minimumsstandard mht arbeids- og lønnsvilkår overholdes.

Utsasjoneringdirektivet er i Norge fulgt opp med to handlingsplaner mot sosial dumping – *Handlingsplan 1 mot sosial dumping* (2006) og *Handlingsplan 2 mot sosial*

¹ Begrepet "a race to the bottom" brukes også visse steder. Se blant annet Torben Krings: *A Race to the Bottom? Trade unions, EU enlargement and the free movement of labour*, European Journal of Industrial Relations, Volum 15, nr. 1, 2009, 49-69.

² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

dumping (2008). Som ledd i dette arbeidet innførte Norge lovfestede regler om innsynsrett for tillitsvalgte i de arbeids- og lønnsvilkår virksomheter tilbyr sine ansatte.

Samtidig inngår handlingsplaner mot sosial dumping, herunder innsynsrett for tillitsvalgte, i en nasjonal kontekst. I Norge har økende arbeidsmobilitet, særlig fra Øst-Europa,³ ført til fornyet interesse for arbeidstakers arbeidsvilkår. For arbeidstakere fra nye EU-land var det innført tidsbegrensete overgangsordninger; disse ville utløpe i hhv 2009 og 2011, jf utlendingsloven §§ 51 og 58 litra a, jf utlendingsforskriften § 175, annet ledd.⁴ Én konsekvens av disse forholdene var at det hittil ubrukte allmenngjøringsinstituttet ble tatt i bruk fra 2003, d.v.s. at tariffavtaler kunne gjøres gjeldende også for midlertidig utenlandsk arbeidskraft. ”Soria Moria”-erklæringen, den politiske plattform for regjeringen Stoltenberg for perioden 2005–2009, uttalte at det var et behov for å sikre at alle arbeidstakere i Norge gis ”ordnede arbeids- og lønnsvilkår.”⁵ Dette hadde sammenheng med regjeringens forståelse av sosial dumping:

”Etter Regjeringens vurdering er det sosial dumping av utenlandske arbeidstakere både når de utsettes for brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og/eller når de tilbys lønn og andre ytelser som er uakseptabelt lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener eller som ikke er i tråd med allmenngjøringsforskrifter, der slike gjelder (...)”⁶

For å motvirke sosial dumping ville regjeringen ta ”initiativ til en bred vurdering av lovverk og virkemidler”.⁷

Innsatsen for å sikre ordnede arbeids- og lønnsforhold i Europa og samtidig fremme et felles indre marked og motvirke konkurransevridende forhold, representerer en

³ IMDi-rapport-2008: *Vi blir... Om arbeidsinnvandring fra Polen og Baltikum*, kapittel 2. Se også Jan Erik Dølvik og Line Eldring: *Industrial relations responses to migration and posting of workers after EU enlargement: Nordic trends and differences*, Transfer, 2006 s. 213–230.

⁴ For Øst-europeiske land tilsluttet EU 2004 utløp ordningen 1. mai 2009, mens for Romania og Bulgaria vil ordningen utløpe i 2011.

⁵ St.meld.nr.2 (2005–2006) Revidert Nasjonalbudsjett, side 63.

⁶ St.meld.nr.2 (2005–2006) Revidert Nasjonalbudsjett, side 63.

⁷ Soria Moria-erklæringen. Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005–09, side 35.

utfordring både for EU og medlemsstatene i EU/EØS. På det rettslige område er konkretiseringen og implementeringen av sentrale bestemmelser i utstasjoneringsdirektivet dels utformet, dels under utforming. Konflikter knyttet til nye ordninger har blitt prøvd rettslig, både på EU/EØS-nivå og i Norge.

Juridisk er feltet interessant fordi regulering av arbeids- og lønnsvilkår har vært et nasjonalt anliggende, som nå møter nye pålegg om sterkere europeisk samordning. Sosialt utfordrer fenomenet sosial dumping både samfunnsaktører, særlig partene i arbeidslivet, og politiske interesser, særlig knyttet til spørsmål om velferdsordninger og sosial utjevning. Mitt arbeid forholder seg til det juridiske feltet. Som tittelen på avhandlingen signaliserer, skal det her redegjøres for den norske ordning om innsynsrett for tillitsvalgte. Denne skal plasseres og drøftes i en nasjonal kontekst og i forhold til den regulering og rettspraksis som er utformet innenfor EU, og som forplikter Norge i kraft av EØS-avtalen.

1.1 Tema, problemstilling og avgrensning

Fra 2008 har tillitsvalgte fått rett til å kreve innsyn i virksomheters arbeids- og lønnsvilkår. Disse er hjemlet i allmenngjorte tariffavtaler. Denne innsynsretten er fastlagt i allmenngjøringsloven § 11 femte ledd,⁸ og i forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett (heretter omtalt som forskriften).⁹ Ordningen skal bidra til å sikre at virksomheter som opererer i Norge, overholder lovregulerte minstekrav til arbeids- og lønnsvilkår.

EØS-avtalen begrenser medlemsstaters adgang til å sikre at nasjonale minstekrav til arbeids- og lønnsvilkår opprettholdes. Grunnlaget for dette er de EU/EØS-rettslige reglene om fri bevegelse av arbeidskraft og tjenester. Disse skal sikre arbeidstakeres og tjenesteyteres rett til å tilby sin arbeidskraft eller sine tjenester i hele EØS-området.

⁸ Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. av 24. april 1993 nr. 63.

⁹ Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett av 22. februar 2008.

Tema for denne avhandlingen er den norske ordning om innsynsrett for tillitsvalgte. Det sentrale spørsmålet er om ordningen er forenelig med de føringer som følger av de EØS-rettslige regler om fri bevegelse av tjenester, utstasjoneringsdirektivet inkludert.

Forholdet mellom de norske reglene om innsynsrett og de EØS-rettslige reglene om fri bevegelse av arbeidskraft, vil ikke bli nærmere behandlet. Det samme gjelder andre aspekter ved innsynsretten som kan virke problematiske, bl.a. spørsmål som angår personvern, samt konkurranse- og rettssikkerhetshensyn.

De EU/EØS-rettslige reguleringer om fri bevegelse av tjenester angår grenseoverskridende tjenesteyting på midlertidig basis. Dette forekommer på tre måter. Det dreier det seg om tilfeller der selve tjenesten ytes på tvers av landegrenser, for eksempel når konsulenttjenester leveres fra et firma i et annet land. Kunder kan også dra til et annet EØS-land for å motta en tjeneste, for eksempel tannlegebehandling. Videre kan en tjenesteyter midlertidig sende egne arbeidstakere til annet land for å utføre tjenester der,¹⁰ for eksempel hvis et polsk entreprenørselskap sender arbeidstakere til Norge for en tidsbegrenset periode for å gjennomføre oppdrag. Dette betegnes som utstasjonering av arbeidstakere.¹¹

Det er denne siste type tjenesteyting som står sentralt i denne avhandlingen. Årsaken er at fenomenet ”sosial dumping” særlig kan angå utstasjonerte arbeidstakere. Dette skyldes at det i utgangspunktet er etableringslandet og ikke vertslandet som regulerer arbeidsforholdet ved grenseoverskridende tjenesteyting.¹² Dermed kan det oppstå problemer hvis de to landene har sterkt avvikende arbeids- og lønnsvilkår.

¹⁰ Dette er belyst i flere saker. Se bl.a. *Rush Portuguesa* C-113/ 89 og *Laval un Partneri* C-341/05. Problemstillingen behandles mer inngående i Erik Sjödin: *The Restricting Labour Market*, Working papers for the conference "Service Mobility, Posting of Workers, and Labour Market Governance" 28 May 2009, punkt 2.2.2.

¹¹ Mens det tidligere bare var ”nøkkelpersonell” som bedriftsledere og spesialisert som ble utstasjonert, har dette endret seg til å omfatte brede arbeidstakeregrupper. Se nærmere Mijke Houwerzijl: *Towards a More Effective Posting Directive*, inntatt i boken: Roger Blanpain: *Freedom of Services in the European Union, Labour and Social Security: The Bolkenstein Directive*, Haag 2006, s. 179.

¹² Se bl.a. Philipa Watson: *EU Social and Employment Law, Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009, s. 331–332.

Utstasjonering av arbeidstakere skiller seg fra arbeidsmobilitet under fri bevegelse av arbeidskraft. Hvis arbeidssøkere fra et EØS-land ansettes i virksomheter i et annet land, vil det være mottakerlandet som regulerer arbeidsforholdet. Bestemmelsen om innsynsrett er imidlertid innført for å skjerme begge grupper, både utstasjonerte arbeidstakere og utenlandske arbeidere som søker arbeid i Norge.¹³

Regler om innsynsrett vil kunne virke restriktivt på grenseoverskridende tjenesteyting. Av EØS-avtalen artikkel 36 og 37, tolket i lys av domspraksis fra EF-domstolen, følger det at restriksjoner på grenseoverskridende tjenesteyting bare kan godtas dersom de anses som proporsjonale tiltak for å oppnå legitime formål. Denne avveiningen reguleres nærmere på direktivnivå ved utstasjoneringsdirektivet. Av særlig interesse er direktivets artikkel 5, som regulerer medlemsstaters plikt og anledning til å innføre ordninger for å sikre at nasjonale minstestandarder overholdes. Hvorvidt ordningen med innsynsrett er i overensstemmelse med Norges EØS-rettslige forpliktelser, beror i første hånd på en tolkning av denne artikkelen. Dertil kommer at EU-traktaten er overordnet direktiver.¹⁴ Avhandlingen må derfor også ta opp forholdet mellom bestemmelser på direktiv- og traktatnivå.

1.2 Metode

Avhandlingen redegjør for og drøfter de norske bestemmelser om innsynsrett for tillitsvalgte i lys av en EØS-rettslig ramme og i en nasjonal kontekst. Kildegrunnlaget for avhandlingen er norske bestemmelser på lov- og forskriftsnivå og forarbeider til disse, rettspraksis, d.v.s. dommer fra ordinære domstoler og Arbeidsretten, politiske dokumenter som Regjeringen Stoltenbergs ”Soria Moria”-erklæring, høringsbrev og høringsuttalelser fra partene i arbeidslivet. Når det gjelder EU, benyttes primært Lisboa-traktaten og

¹³ Til dette, Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-rettslige reglene om fri bevegelse for tjenester*, Arbeidsrett, volum 4, nr. 1 2007, s. 1-54, s. 3.

¹⁴ Se bl.a. *Kommisjonen for de europeiske fellelkap mot rådet for de europeiske fellelkap*. – *Lome-konvensjonen – Fordeling forvaltning av tollkontingent*, C-218/82, premiss 15.

utstasjoneringdirektivet, relevante dommer fra EU- samt EFTA-domstolene, ESA og uttalelser fra EU-kommisjonen.

Avhandlingen er ikke en komparativ studie, men det er i noen grad trukket inn kilder fra Sverige.

Når det gjelder utvalg, relevans, vektning og tolkning til kildematerialet, bygger avhandlingen på alminnelig norsk rettskildelære.

Jeg har også benyttet juridisk og samfunnsvitenskapelig forskning. Stein Evjus, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Kristin Alsos sine arbeider om innsynsretten har vært verdifulle for mitt arbeid. For øvrig er norsk faglitteratur på feltet av beskjedent omfang. For EU-retten har jeg i hovedsak benyttet engelskspråklig faglitteratur.

Av samfunnsvitenskapelig faglitteratur er FAFOs rapporter om arbeidsinnvandring og utstasjonering av arbeidskraft i Norge opplysende.

EU-dokumentene benyttes i engelskspråklig versjon. Begrepene ”appropriate measures” og ”adequate procedures” i utstasjoneringdirektivet engelske versjon står her særlig sentralt. Distinksjonen ”appropriate”/”adequate” svarer til en distinksjon mellom ”suitable” og ”sufficient”.¹⁵ I den danske versjonen av direktivet brukes uttrykkene ”passende foranstaltninger” og ”egnede prosedyrer”; man velger altså to ord. I relevante norske forarbeider brukes uttrykkene ”egnede ordninger” og ”egnede prosedyrer”.¹⁶ Her er norsk praksis på linje med den tyske versjon av direktivet, hvor formuleringene ”geeignete Maßnahmen” og ”geeignete Verfahren” benyttes. Også den svenske versjonen benytter ett ord for appropriate/adequate: ”lämpliga åtgärder” og ”lämpliga förfaranden.” De ulike versjoner er tilgjengelig på celex. Jeg velger her å følge dansk praksis, men erstatter ”foranstaltninger” med ”ordninger”. Dermed benyttes ofte uttrykkene ”passende ordninger” og ”egnede prosedyrer”.

¹⁵ *New Webster's Dictionary and Thesaurus of the English Language*, Lexicon Publications, Inc., Danbury, 1992.

¹⁶ *Om lov om endringer av allmenngjøringsloven m.m. (Solidaransvar m.v.)*. Ot.prp. nr.88 nr. (2008–2009), punkt 4.3.3.

1.3 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingen faller i fire deler. I kapittel 2 beskrives innsynsretten i to kontekster. Her vil ordningen betraktes som et regjeringsinitiert tiltak for å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet og som ledd i regjeringens handlingsplaner mot sosial dumping. Jeg vil også gi en kort introduksjon til hva innsynsretten går ut på. Dette gjøres i punkt 2.1 og 2.2.

I kapittel 3 drøftes de EØS-rettslige rammene som angår innsynsretten. Det tas utgangspunkt i bestemmelser på traktatnivå. Deretter behandles utstasjoneringsdirektivets artikkel 5.

Avhandlingens kapittel 4 dreier seg om ordningen om innsynsrett. Her vil jeg fokusere på *hvem* som kan utøve innsynsrett (rettighetssubjektet), *hvem* innsynsretten kan gjøres gjeldende overfor (pliktsubjektet) og *hvilke plikter/belastninger* regler om innsynsrett kan utløse.

I siste kapittel vil jeg drøfte om innsynsretten, på bakgrunn av den tolkningen jeg har foretatt i kapittel 4, er i overensstemmelse de EØS-rettslige rammer som det redegjort for i avhandlingens kapittel 3.

2 Plassering av ordningen innsynsrett for tillitsvalgte

Innføring av innsynsrett for tillitsvalgte kan forstås ut fra ulike kontekster. Her dreier det seg om en europeisk kontekst, med utgangspunkt i utstasjoneringsdirektivet, og en norsk kontekst, med fokus på allmenngjøringsinstituttet og regjeringens handlingsplaner mot sosial dumping.

2.1 EUs utstasjoneringdirektiv

Europarlamets- og rådsdirektiv 96/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting regulerer hvilket lands arbeids- og ansettelsesvilkår som skal gjelde når arbeidstakere fra et land utstasjoneres til et annet medlemsland. Direktivet må ses i sammenheng med praksis fra EF-domstolen, og da særlig dommen i *Rush Portuguesa*.¹⁷ I et obiter dictum i dommens premiss 18 ble det uttalt:

“Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means.”

Dommen gir medlemsstater adgang til å utvide sitt arbeidsrettslige regime til å omfatte utenlandske arbeidstakere som oppholder seg i landet, også midlertidig. Dette skapte en uklar rettstilstand, fordi EU-retten opererer med prinsippet om et felles marked. En regulering på medlemsstatsnivå vil kunne virke hindrende for grenseoverskridende tjenesteyting og arbeidsmobilitet, fordi den kan pålegge utenlandske aktører nye forpliktelser. Utstasjoneringdirektivet var her ment som en avklaring.¹⁸ Det skulle forene medlemsstaters behov for regulering av arbeidstakers rettigheter, med prinsippet om fri bevegelighet av tjenester innenfor EUs indre marked.¹⁹ I de begrunnelser som ble gitt for direktivet, knyttes det an til uttalelsen i *Rush*, jf fortalens pkt. 12:

¹⁷ *Rush Portuguesa* C-113/89. For vedtagelsesprosessen omkring utstasjoneringdirektivet, se særlig Stein Evju: *The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, Formula Working Papers, Oslo, 2009.

¹⁸ COM (2003) 458, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The Implementation of Directive 96/71/EC in the Member States*, s. 1.

¹⁹ Hvorvidt direktivet er en avklaring, er en annen sak. Dette gjelder særlig forståelsen av rekkevidden av artikkel 3 tolket i lys av nyere rettspraksis, bl.a. *Laval* C-341-05, *Rüffert* C-346-06 og *Luxembourg* C-319-06. Se generelt A.C.L. Davies: *One Step Forward, Two Steps Back?* Industrial Law Journal, Vol. 37, No. 2, June

“Whereas Community law does not preclude Member States from applying their legislation, or collective agreements entered into by employers and labour, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, although his employer is established in another Member State; whereas Community law does not forbid Member States to guarantee the observance of those rules by the appropriate means (...).”

Direktiver gir dermed medlemsstatene en utvidet reguleringsadgang.

Beskyttelsen av utstasjonerte arbeidstakere er først og fremst ivarettatt i direktivets artikkel 3. Ifølge denne skal medlemsstatene påse at utstasjonerte arbeidstakere sikres slike arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt i det land hvor arbeidet utføres, ved lov, kollektive avtaler eller voldgiftsdommer. Det dreier seg om regulering av arbeids- og hviletid, minste antall feriedager, minstelønn, herunder overtidsbetaling, betingelser for å stille arbeidstakere til rådighet for andre, særlig via vikarbyråer, helse, miljø og sikkerhet, beskyttelse av gravide kvinner og kvinner som har født, beskyttelse av barn og unge, samt likebehandling av menn og kvinner. Minstelønn defineres “by the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted.”²⁰

Det vesentlige er at artikkel 3 stiller krav om ”a hard core of clearly defined terms and conditions of work and employment for minimum protection of workers that must be complied with by the service provider in the host country.”²¹ Slik skal et klima for rettfærdig konkurranse sikres, samtidig som arbeidstakeres ansettelses- og arbeidsvilkår beskyttes.²²

Direktivet går lenger enn det som ble lagt til grunn i *Rush*. I dommen ble det fastslått at fellesretten ikke hindret medlemsstater fra å håndheve regler på passende måter.

2008, s. 126–148. Stein Evju: *Laval and Viking Line at a first glance*. Tidskrift utgitt av Juridiska föreningen i Finland, Helsingfors. 2008, s. 454–464.

²⁰ Artikkel 3 (1) siste punkt.

²¹ COM (2007) 304 final. Se også Stein Evju, *Evaluering av almengjøringsordningen – høring*, 2006 (Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006) s. 6.

²² Se Philipa Watson: *EU Social and Employment Law, Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009. s. 335–336.

I direktivet derimot pålegges staten ”en plikt til å sørge for at utsendte arbeidstagere sikres visse ”arbeids- og ansettelsesvilkår”.²³ Den plikten fremgår av artikkel 3:

“Member States shall ensure that, whatever the law applicable to the employment relationship, the undertakings referred to in Article 1 (1) guarantee workers posted to their territory the terms and conditions of employment covering the following matters which, in the Member State where the work is carried out, are laid down:
- by law, regulation or administrative provision, and/or
- by collective agreements (...) which have been declared universally applicable (...):”

Hjemmelen for å innføre ordninger som kan følge dette pålegget opp, gis i artikkel 5:

“Member States shall take appropriate measures in the event of failure to comply with this Directive.

They shall in particular ensure that adequate procedures are available to workers and/or their representatives for the enforcement of obligations under this Directive.”

Formuleringen ”appropriate measures” og ”adequate procedures” forplikter medlemstatene, samtidig som det i formuleringene markeres visse grenser: ordningene må være passende/adekvate, uten at en går i detalj med hva dette kan innebære.

2.2 Tiltak i andre medlemsstater

I forlengelse av utstasjoneringsdirektivet har flere medlemsstater innført ordninger for å oppfylle direktivets pålegg. I tillegg til Norge har for eksempel åtte europeiske land ulike varianter av det som kan klassifiseres som solidaransvar.²⁴ Det varierer hvor omfattende disse ordningene er og i hvilke bransjer de gjelder. Reguleringene innebærer at

²³ Stein Evju: *Evalueringsordningen – høring*, 2006 (Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006). s. 5.

²⁴ Se Fellesforbundet: *Byggenæringa må ta ansvar – solidaransvar*, *hvitbok om solidaransvar for lønn i byggenæringa*, s. 25 flg. Link: www.fafo.no/Oestforum/.../hvitbok_solidaransvar_del%20I.pdf. Merk dog at ordningen i Nederland og Finland muligens avviker noe.

hovedleverandør kan ansvarliggjøres hvis egne underleverandører (eventuelt i flere ledd) har arbeids- og lønnsvilkår som ligger lavere enn nasjonale minstestandarder.

Andre tiltak er også innført. Som en konsekvens av den irske fergesaken, der et statlig eid selskap – Irish Ferry – ville erstatte irske arbeidstakere med lavere betalte øst-europeiske (lavtiske) arbeidstakere, iverksatte Irland flere tiltak. For å unngå utnyttelse av utenlandske arbeidstakere²⁵ ble det bl.a. etablert et eget kontrollorgan – Office of the Director for Employment Rights Compliance – og gitt bevilgning til flere inspektører. I tillegg innførte Irland regler som i større grad påla arbeidsgivere å oppbevare dokumenter som viser ansattes arbeids- og lønnsvilkår.

Medlemsstater har også innført minstekrav til lønnsforhold. I 2006 hadde nesten tre av fire EU-stater en form for minstelønnsordning.²⁶

Det finnes også andre eksempler. En kartlegging av omfanget er imidlertid ikke det sentrale. Poenget er at Norge ikke er alene om å innføre ordninger for å sikre minstestandarder til arbeids- og lønnsvilkår. Innsynsretten for tillitsvalgte inngår i en slik kontekst.

Det Norge derimot står nokså alene om, er å ha lovfestede regler som gir tillitsvalgte rett til å begjære innsyn i virksomheters arbeids- og lønnsvilkår. Det finnes innslag av regler om innsynsrett for tillitsvalgte i andre europeiske land, særlig på tariffnivå. Kristin Alsos konkluderer om dette i en artikkel om innsynsrett i sammenlignbare europeiske land: ”Hovedinntrykket av kartleggingen er at innslag av direkte eller indirekte innsynsrett eksisterer i de fleste land, men at en generell og gjennomgående regulering av dette ikke er vanlig”²⁷ Utenom Island og Norge er lovfestet

²⁵ For fakta om irske mekanismer mot sosial dumping, se Paul Glenfield ved Matheson Ormsby Prentice: *Assimilating Foreign Workers in an Aging Population*, Guide to the World's Leading Labour and Employment Lawyers 2008 edition, femte avsnitt flg.

²⁶ Lothar Funk og Hagen Lesch: *Minimum Wage Regulation in Selected European Countries*, Intereconomics, volum 4, 2006, s. 78–92.

²⁷ Kristin Alsos: *Tillitsvalgtes og fagforbundets rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår – en komparativ studie av regelverket i utvalgte europeiske land*. Arbeidsrett, nr. 2, 2007, s. 140–150. Se også Statens offentlige utredninger [heretter SOU]: 2005:89. *Bevakning av kollektivavtals etterlevnad*, kapittel 6. Merk dog at denne utredningen, bestilt av den svenske regjeringen, er fra 2005.

innsynsrett for tillitsvalgte sjeldent, og når det forekommer, forholdsvis begrenset. I Tyskland, hvor minstelønnsordninger fastsettes ved allmenngjøring av tariffavtaler, finnes det for eksempel ingen offentlig kontroll av om avtalene overholdes.²⁸ Langt mindre er tillitsvalgte gitt en lovfestet innsynsrett. I Sverige er reguleringen på tariffnivå, og lovfestet innsynsrett forekommer ikke. En lovfestet innsynsrett for fagforeninger var imidlertid gjenstand for utredning i Sverige, men utvalget konkluderte med at det ikke var behov for en slik ordning.²⁹

2.3 Norske tiltak i forlengelse av utstasjoneringsdirektivet

Norge innførte fra 2003 og fremover flere ordninger for å gjennomføre statens forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet. Selve direktivet ble gjort gjeldende ved utsendingsforskriften (trådt i kraft 2005)³⁰ og endring av arbeidsmiljøloven § 1-7.³¹ De vesentlige ordninger i denne sammenheng er allmenngjøring av tariffavtaler, ordningen med tillitsvalgtes innsynsrett, styrking av Arbeidstilsynet, innføring av regler om ID-kort og innføring av oppdragsgiveransvar.

Innføringen av disse ordningene var også begrunnet i andre forhold.

Arbeidsmobiliteten til Norden og særlig Norge viste seg å bli klart høyere enn forventet før EU-utvidelsen, og den reelle mobiliteten ble ”langt mer omfattende enn de registrerte tallene for individuelle arbeidssøkere fra EU-8”.³² Noen tall kan illustrere situasjonen: I perioden

²⁸ Generelt SOU: 2005:89, s. 123–125. Se også Heiner Dribbusch: *Germany: Wage formation*, Institute of Economic and Social Research, 31–03–09.

<<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0808019s/de0808019q.html>>. Sistnevnte viser at det ikke har endret seg siden 2005.

²⁹ SOU: 2005:89.

³⁰ Forskrift av 16. desember 2005 om utsending av arbeidstakere.

³¹ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.

³² Jon Erik Dølvik og Line Eldring *Arbeidsmobilitet fra de nye EU-landene til Norden – utviklingstrekk og konsekvenser*, TemaNord 2008/502, s. 27flg. (Med EU-8, menes de åtte nye øst-europeiske landene som ble medlem ved utvidelsen i 2004.)

1.5.2004–31.12. 2007 utstedte Norge 89 430 arbeidstillatelser og ca 69 200 fornyelser av arbeidstillatelser for utenlandske arbeidstakere. De norske førstegangstillatelser i perioden utgjorde ca halvparten av dem som ble gitt i Norden.³³ Videre gav Danmark og Sverige til sammen godt og vel 10 000 arbeidstillatelser til søkere fra de tre baltiske land i tidsrommet 1.1. 2005–1.3. 2008; for Norge alene var dette tallet 45 000.³⁴

I tillegg var det en betydelig utstasjonering av arbeidstakere til Norge. Det savnes offisielle tall, for utstasjonerte arbeidstakere trenger ikke arbeidstillatelse.³⁵ Likevel anslo regjeringen, på bakgrunn overslag fra FAFO, at antall arbeidsinnvandrere uten arbeidstillatelse nesten tilsvarte antall arbeidstakere med arbeidstillatelse.³⁶

Omtrent åtti prosent av arbeidsinnvandrere til Norge og Norden kom fra Polen og Baltikum.³⁷ Dette er områder hvor lønnsnivåene er betydelig lavere enn i Norden. Slike arbeidstakere kunne lett risikere at lønn og andre ytelser ble ”uakseptabelt lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener.”³⁸

Innføringen av allmenngjorte tariffavtaler fra 2003 og utover ble ikke regnet som et tilstrekkelig tiltak. Regjeringen utformet og iverksatte derfor to handlingsplanene mot sosial dumping.

Ustasjoneringsdirektivet og arbeidskraftmobiliteten i et utvidet EU tilsa at Norge måtte utvikle en politikk som bedre sikret utenlandske arbeidstakers rettigheter i Norge.

³³ Til sammenligning ble det utstedt 150 000 arbeidstillatelser og 75 892 fornyelser av arbeidstillatelser i Norden i samme periode, men ulik registreringspraksis gjør det vanskelig å sammenlikne tallene. Ibid. 28f.

³⁴ ”Flest østarbejdere i Norge”. Opplysning fra Line Eldring på møte arrangert av Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg, 21.-22.4. 2008. <<http://translation.norden.org/no/aktuelt/nyheter/flest-oestarbejdere-i-norge>>, nedlastet 3.4. 2010

³⁵ En vet heller ikke hvor mange arbeidstakere som til enhver tid er utstasjonert i EU. Kommisjonen anslår likevel at det kan være rundt en million utstasjonerte arbeidstakere innen EU, Se COM (2007) 304 endelig, *Medelelse fra Kommisjonen til Rådet, Europaparlamentet, det Europeiske Økonomiske og Social Utvalg og Regionsutvalget – Utstasjonering av arbeidstakere som ledd i utveksling av tjenesteytelser – Maksimering av fordeleler og potensiale og sikring av arbeidstakers beskyttelse*, punkt 1.

³⁶ Ot.prp.nr.88 (2007–2008) *Om lov om endringer av allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar m.v.)* s. 8 flg.

³⁷ Se Jon Erik Dølvik og Line Eldring, FAFO: *Arbeidsmobilitet fra de nye EU-landene til Norden – utviklingstrekk og konsekvenser*, Arbejdsmarkedsudvalget (2.samling) AMU. alm. del – bilag 72, s. 2.

³⁸ St.meld.nr.2 (2006-2007), *Revidert Nasjonalbudsjett* s. 63.

Men skal en forklare utformingen av de nye norske ordningene, bør også politiske forhold tillegges vekt. Norge fikk i 2005 en rødgrønn flertallsregjering, som var lydhør for krav fra partene i arbeidslivet, ikke minst fra fagforeningshold. På den annen side har arbeidsgiversiden vært meget kritisk til de nye ordninger. Dette uttrykkes i NHOs høringsuttalelse til forskrift om påseplikt- og innsynsrett. NHO hevdet at reglene om innsynsrett var ”ulovlige.”³⁹ Skepsisen har også vist seg i saken som ni bedrifter anla mot staten v/Tariffnemnda p.g.a. allmenngjøringen av Verkstedoverenskomsten 2006 – 2008 for skips- og verftsindustrien. Partshjelpere var henholdsvis NHO og Norsk Industri og LO og Fellesforbundet. Dom falt i Oslo tingrett, 29.01.2010.⁴⁰ Dommen er anket.

2.3.1 Nærmere om allmenngjøring av tariffavtaler

Av allmenngjøringsloven § 5 fremgår at Tariffnemnda ”kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis gjelde overfor samtlige arbeidstakere innen en viss bransje og/eller innen et gitt område.” Dette er egentlig noe villedende.

Det er bare bestemte reguleringer i tariffavtalen Tariffnemnda kan ”allmenngjøre.” Av allmenngjøringsloven § 6 første ledd og for så vidt også § 5 første ledd sammenholdt med § 2 første ledd følger det at det bare er ”enkelte arbeidstakers arbeids- og lønnsvilkår” som kan allmenngjøres. Dette har sammenheng med at bestemmelsen skal gjennomføre forpliktelsen etter utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr.1. I Ot.prp.nr.13 (1999-2000) *Om lov om endringar i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven)* uttales følgende på side 30. ”Føreseigna tilsvarear artikkel 3 nr. 1 i direktivet.”

Utsstasjoneringsdirektivets artikkel 3 innebærer ikke bare et minimum, men også et maksimum for hvilke type minimumsrettigheter medlemsstater kan innføre. Dette kommer

³⁹ Høring – Forskrift om påseplikt og innsynsrett, av 05.12.2007, punkt 2.2.

⁴⁰ Saksnummer 09-050176TVI-OTIR/06.

særlig godt til uttrykk i *Laval* C-341/05, premiss 80 og *Rüffert* C-346/06, premiss 33-34. Bestemmelsene i artikkelen, tolket i lys av praksis fra EF-domstolen, utelukker i hovedsak at Tariffnemnda allmenngjør andre rettigheter enn de som fremgår av artikkel 3, langt mindre kan en tariffavtale "allmenngjøres" i sin helhet. Et allmenngjøringsvedtak vil dermed innebære en minimumsordning mht. *bestemte* arbeids- og lønnsvilkår, som har en viss referanse til enkelte bestemmelser i en påberopt tariffavtale.⁴¹

Selve kompetansen til Tariffnemnda fremgår av allmenngjøringsloven § 4. Vedtaket treffes som forskriftsvedtak. Ved dette er nemnda gitt en form for "delegert" lovgivningskompetanse til å fastsette allmenngjøringsforskrifter. Visse forutsetninger må imidlertid være til stede for at Tariffnemnda skal treffe vedtak om allmenngjøring.

Behandling av allmenngjøring kan skje dersom Tariffnemnda finner at "allmenne hensyn krever slik regulering", jf allmenngjøringsloven § 4 siste ledd. Dette er imidlertid ikke det vanlige. Som regel fatter Tariffnemnda vedtak etter begjæring "fremsatt av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i avtalen og har innstillingsrett" etter Lov 5. av mai. 1927. nr.1 om *arbeidstvister* § 11, jf allmenngjøringsloven § 4.

Videre foreligger det et dokumentasjonskrav. Etter allmenngjøringslovens § 5 annet ledd kan Tariffnemnda bare fatte vedtak om allmenngjøring dersom

"(...) det er dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke."

Det er flere formuleringer som her åpner for skjønn. Dette gjelder spesielt hva som ligger i formuleringene "samlet sett" og uttrykket "kan komme til", men også omfanget av selve dokumentasjonskravet. Ifølge Tariffnemndas vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler – sak 1/2003, la nemndas flertall følgende tolkning til grunn:

"Det må etter loven være tilstrekkelig at det gjøres *overveiende sannsynlig* at det innenfor vedkommende tariffområde finnes utenlandske arbeidstakere som arbeider på vilkår som ikke er likeverdige med hva norske arbeidstakere har. Det kan ikke legges til grunn noe

⁴¹ Stein Evju: Høring – *Effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar*, av 9. mars 2009, s. 2.

krav om en kvalifisert sannsynlighet. Det kreves at det for nemnda fremstår som mer sannsynlig enn det motsatte at lovens vilkår er oppfylt. Nemndas vurdering må imidlertid være bygget på konkrete opplysninger som nemnda etter en helhetsvurdering finner å kunne legge til grunn.”

Selve dokumentasjonskravet drøftes også i Oslo tingretts dom om allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten 2006-2008.⁴²

Allmenngjorte tariffavtaler skiller ikke mellom utenlandske arbeidstakere på midlertidig eller permanent basis. Slike tariffavtaler strekker seg dermed lenger enn overgangsordningen etter utlendingsloven. Overgangsordningene omfattet utenlandske arbeidstakere som oppholdt seg i Norge i mer enn 90 dager, jf tidligere utlendingslovens § 51 første ledd jf § 50 annet ledd.⁴³

Per mars 2010 er følgende tariffavtaler allmenngjort i følge tariffnemndas oversikt:⁴⁴

- Tariffavtale for byggeplasser i Norge⁴⁵
- Tariffavtale for byggeplasser i Osloregionen⁴⁶
- Tariffavtale for byggeplasser i Hordaland⁴⁷
- Tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg⁴⁸
- Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien⁴⁹
- Tariffavtaler for jordbruks- og gartnerinæringene⁵⁰

⁴² Saksnummer 09-050176TVI-OTIR/06. , s.21-25, avsagt 29. januar 2010.

⁴³ Se generelt Ot.prp.nr.40 (2008–2009) *Om lov om endringer i utlendingsloven (opphør av overgangsordningene for EU8-landene)* punkt 2.2.

⁴⁴ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/tariffnemnda/vedtak.html?id=540957> ,sjekket 3. april 2010.

⁴⁵ Forskrift 6. oktober 2008 nr. 1121 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge.

⁴⁶ Forskrift 26. juni 2006 nr. 704 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen.

⁴⁷ Forskrift 26. juni 2006 nr. 705 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Hordaland

⁴⁸ Forskrift 26. juni 2006 nr. 703 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land

⁴⁹ Forskrift av 6. oktober 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftstindustrien.

2.3.2 Tiltak i handlingsplaner mot sosial dumping

Flere av ordningene i regjeringens to handlingsplaner mot sosial dumping var etter regjeringens syn å regne som gjennomføringer av forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet. Det gjaldt å ”forbedre og effektivisere allmenngjøringsordningen.”⁵¹ Arbeidstilsynet hadde i perioden fra september 2005 til januar 2006 rapportert om flere, til dels grove brudd på allmenngjorte tariffavtaler. I 2006 ga tilsynet pålegg i 40 % av tilfellene. Herunder ble det ofte avdekket andre lovbrudd i tilfeller der det ble gitt pålegg. Tilsynets kontrollmulighet var dessuten komplisert på grunn av uoversiktlige arbeidsforhold og fordi dokumentasjon som ble begjært utlevert, ofte befant seg i virksomhetens hjemland.⁵² I tillegg til det opererte flere arbeidsgivere med ”doble” arbeidskontrakter, en kontrakt mellom partene, og en overfor myndighetene. Arbeidstilsynet tegnet et bilde av en vanskelig tilsynssituasjon.

Handlingsplanene inkluderte følgende tiltak:

- innføring av regler om innsynsrett for tillitsvalgte
- styrking av Arbeidstilsynet/Petroleumstilsynet.
- krav om norske arbeids- og lønnsvilkår i kommunale anbudssprossesser
- innføring av oppdragsgiveransvar for underleverandørers arbeids- og lønnsvilkår, ved regler om påseplikt og solidaransvar
- regler om ID-kort i bygg- og anleggs- samt renholdsbransjen⁵³
- innføre ordning med regionale verneombud for hotell- og restaurantbransjen.

⁵⁰ Forskrift av 16. november 2009 nr. 1375 om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.

⁵¹ Se Ot.prp.nr.56 (2006-2007) s. 1.

⁵² Se generelt Ot.prp.nr.92 (2005-2006) punkt 3.2.2.

⁵³ Regler om ID-kort i renholdsbransjen er per mars 2010 under høring.

Ordningen med innsynsrett og påseplikt kom i handlingsplan en, og regler om solidaransvar kom i handlingsplan to. Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet har også blitt styrket, både ved handlingsplan 1 og handlingsplan 2. De er også gitt økte bevilgninger som en del av statsbudsjettene i perioden 2003-2009.

2.3.3 Styrking av Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet

Kontroll av offentlige lover og regler er i utgangspunktet et offentlig anliggende. Dette er en sentral del av offentlig myndighetsutøvelse. Selv om kontrolloppgaver kan foretas av private aktører, innebærer ikke det at offentlig ansvar svekkes.⁵⁴

Forut for utvidelsen av Arbeidstilsynets/Petroleumstilsynets kompetanse var tilsynets myndighet begrenset til å kunne anmelde forhold til politiet hvis arbeidsgivere ikke overholdt allmenngjorte tariffavtaler. Med virkning fra 1. desember 2006, fikk Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet adgang til å bruke pålegg, tvangsmulkt og stansning som ledd i utføring av kontroll etter allmenngjøringsloven.⁵⁵ Tilsynenes nye fullmakter ble først forankret gjennom en endring av allmenngjøringslovens § 8 og utlendingsloven § 11 litra a. Da reglene om oppdragsgivers solidaransvar ble innført i 2009, ble fullmaktsbestemmelsen flyttet til allmenngjøringslovens § 11.

I tillegg til nye sanksjonsmidler fikk Arbeidstilsynet økte bevilgninger. Det ble gitt fire millioner i ekstra bevilgning i 2006 og i 2007.⁵⁶ Deretter ble tilsynet budsjett økt med 10 millioner til tiltak mot sosial dumping, både i 2008 og i 2009.⁵⁷ Økte bevilgninger ga rom for flere inspektører, men omfattet også to servicesentre, i Oslo og Stavanger, for

⁵⁴ Ot.prp.nr.92 (2005–2006) punkt 4.6.2.: ”Departementet vil dessuten understreke at forslaget ikke innebærer at det offentliges tilsyns- og kontrollansvar lempes over på private.”

⁵⁵ Ot.prp.nr.92 (2005–2006) punkt 3: ”Tilsynene har fått betydelige ressurser til å følge opp dette ansvaret og etatene prioriterer det høyt.”

⁵⁶ Ot.prp.nr.56 (2006–2007) punkt 1.4.

⁵⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet tildelingsbrev til Arbeidstilsynet, av 26. januar 2008, s. 13.

utenlandske arbeidstakere og deres arbeidsgivere.⁵⁸ Arbeidstilsynets fullmakter og budsjett ble således økt i samme periode som ordningene med innsynsrett for tillitsvalgte og oppdragsgiveransvar ble utformet og innført.

Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet har det generelle tilsynsansvar for om vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler overholdes, jf allmenngjøringslovens § 11 første ledd. Tilsynene treffer vedtak basert på innhentet informasjon fra egne inspektører, fra tillitsvalgte som begjærer innsyn, eller fra andre kilder.

Når tillitsvalgte begjærer innsyn, kan opplysninger formidles til Arbeidstilsynet, som har ansvar for å fatte beslutning om og iverksette eventuelle tiltak. Opplysningene er taushetsbelagte og kan bare formidles offentlige myndighet eller til rådgivere som er nødvendige for å få språklig, økonomisk, juridisk eller annen faglig bistand; de sistnevnte har da taushetsplikt. Restriksjonen på bruk av opplysninger framgår av Forskrift 2008-02-22 nr 166, § 10, første ledd: ”Opplysninger som er fremkommet som et resultat av oppfølging av påseplikten eller begjæring om innsyn i henhold til forskriften her, kan bare benyttes til å undersøke om lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter”.

Ordningen med innsynsrett for tillitsvalgte innebærer indirekte en styrking av Arbeidstilsynets og Petroleumstilsynets informasjonskanaler.

2.3.4 Oppdragsgiveransvar – påseplikt og solidaransvar

Ordningen med oppdragsgiveransvar ble innført i 2008 og 2009. Den omfatter bestemmelser om påseplikt (2008) med hjemmel i allmenngjøringsloven § 12 og Forskrift 2008-02-22 nr. 166 § 6 første ledd, og om solidaransvar (2009), med hjemmel i allmenngjøringslovens § 13 første ledd. Bestemmelsene lyder som følgende:

Forskrift 2008-02-22 nr. 166 § 6:

⁵⁸ St.prp.nr.67 (2008–2009) side 62, Ot.prp.nr.56 (2006–2007) punkt 1.4. og punkt 1.5.

”Hovedleverandør skal påse at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter.”

Allmenngjøringsloven § 13 første ledd:

”Leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter og opptjente feriepenger, jf. lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie, til arbeidstakere ansatt hos virksomhetenes underleverandører.”

Før regler om påseplikt og solidaransvar var arbeidsgiver bare ansvarlig for egne ansattes arbeids- og lønnsvilkår. Regler om påseplikt og solidaransvar endret dette.

Begrunnelsen for å innføre påseplikt var i følge forarbeidene todelt.

Oppdragsgiveransvaret skulle gi ”større sikkerhet for at arbeidstakere får de arbeids- og lønnsvilkårene de har krav på”, noe som var særlig påkrevet når arbeidsgiver var lokalisert i utlandet. Dessuten var det, ifølge regjeringen, ”heller ikke urimelig at oppdragsgiver som kan tjene på at lønnsplikten misligholdes nedover i en kontraktskjede får et utvidet ansvar”.⁵⁹ Slik skulle ordningen bidra til å lette vilkårene for at Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet kan føre effektiv kontroll av utenlandske arbeidstakers arbeids- og lønnsvilkår.

Utstasjoneringsdirektivets artikkel 5 forplikter Norge til å sikre utstasjonerte arbeidstakers arbeids- og lønnsvilkår. Regjeringen la derfor til grunn at både ”påseplikten og innsynsretten vil være tiltak som bidrar til statens gjennomføringsforpliktelser etter direktivet.”⁶⁰

Plikten til å kontrollere gjelder for hele kontraktkjeden. Oppdragsgiver må opptre som kontrollinstans overfor samtlige underleverandører. Dette fremgår av bestemmelsen i forskrift og lov, se ovenfor, og er også lagt til grunn i forarbeidene.⁶¹

⁵⁹ Begrunnelsene følger av Ot.prp.nr.56 (2005–2006) side 7 samt side 31 flg.

⁶⁰ Høringsnotat – Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, punkt 1.2.

⁶¹ Ot.prp.nr.56 (2005–2006) punkt 4.2.6.

Påseplikten pålegges ”hovedleverandør.” Hovedleverandør er å forstå som: ”Entreprenør eller leverandør som har påtatt seg et oppdrag for bestiller og som har en eller flere underleverandører til å utføre en del av oppdraget”, jf Forskrift 2008-02-22 nr. 166 § 3 annet ledd. Også ”bestiller” omfattes av påseplikten. Dette fremgår av forskriftens 6 annet ledd. ”Bestiller har en tilsvarende påseplikt overfor sine leverandører i tilfeller der det ikke benyttes underleverandører.”

Påseplikten er i likhet med innsynsretten gitt som en del av den første handlingsplanen mot sosial dumping. Innsynsretten er utformet slik at den pålegger den som har påseplikt, et dokumentasjonskrav, jf forskriftens § 7 første ledd.⁶² Men uavhengig av om tillitsvalgte faktisk benytter innsynsretten, innebærer påseplikten for dem den gjelder, ”at det skal iverksettes systemer og rutiner for å undersøke og om nødvendig følge opp at allmenngjøringsforskrifter etterleves”. Forholdet mellom innsynsrett og påseplikt vil bli nærmere behandlet i 4.3.2.

Påseplikten skjerpes ved bestemmelsen om solidaransvar. Solidaransvar innebærer at oppdragsgiver ”skal være ansvarlig for de forpliktelsene oppdragstakere nedover i en kontraktkjede har til å betale lønn etter allmenngjøringsforskrifter.”⁶³ I likhet med ordningen med innsynsrett, skulle påseplikt og solidaransvar sikre at Norge kunne overholde forpliktelsene etter utstasjoneringsdirektivet:

”Av artikkel 5 følger det dessuten at statene skal treffe egnede tiltak i tilfelle av manglende overholdelse av direktivet, og særlig påse at arbeidstakere og/eller deres representanter har egnede ordninger til rådighet med henblikk på overholdelse av forpliktelsene fastsatt i direktivet. (...) Innføring av et solidaransvar for oppdragsgiver må anses som et tiltak som sikrer overholdelse av direktivet i henhold til artikkel 5, jf. C-60/03 Wolff & Müller.”⁶⁴

Ordningen med påseplikt gjør det i praksis lettere for tillitsvalgte å kreve innsyn fordi det kan forutsettes at arbeidsgiver har relevant dokumentasjon tilgjengelig.

⁶² Dette redegjøres nærmere for i avhandlingens punkt 4.3.2.

⁶³ Ot.prp.nr.88 (2007-2008) *Om lov om endringer av allmenngjøringsloven m.m. (Solidaransvar m.v.)*, s. 7.

⁶⁴ Ot.prp. nr.88 nr. (2008-2009) *Om lov om endringer av allmenngjøringsloven m.m. (Solidaransvar m.v.)*, s. 50 flg.

Forholdet mellom påseplikt, innsynsrett og Arbeidstilsynets vil bli videre drøftet i avhandlingens kapittel 5.

2.3.5 Regler om ID-kort i bygg- og anlegg- samt renholdsbransjen

Et annet nytt tiltak som gjør det lettere å utøve kontroll og kreve innsyn, er ordningen med ID-kort i bygg- og anleggsbransjen.⁶⁵ Ordningen er hjemlet arbeidsmiljøloven § 1-4 og § 4-1 syvende ledd og er regulert nærmere *Forskrift om identitetskort (id-kort) på bygge- og anleggsplasser*.⁶⁶

Kravet om ID-kort innebærer at alle virksomheter som utfører arbeid på bygg- og anleggsplasser er pliktige til å utstyre sine arbeidstakere med ID-kort, jf forskrift om identitetskort §§ 2 og 3.⁶⁷ Hensikten er ”bedre å kunne ivareta helse, arbeidsmiljø og sikkerhet (HMS) for alle som utfører arbeid i bygge- og anleggsbransjen og i renholdsbransjen, også for utsendte arbeidstakere”.⁶⁸ ID-kort skal bl.a. gjøre det lettere å identifisere arbeidstakere og arbeidsforholdet.

Ordningen med innsynsrett for tillitsvalgte kunne dra nytte av at tillitsvalgte ofte vil ha bedre lokalkunnskap enn Arbeids- og Petroleumstilsynets inspektører. Innføringen av ID-kort kan også lette muligheten for å få innsyn i lokale forhold, både for tilsynene, for tillitsvalgte og for foretak som har påseplikt og solidaransvar.

⁶⁵ En slik ordning kan også komme i renholdsbransjen. Se *Høring – forslag om ny forskrift om id-kort – innføring av krav om id-kort for renholdsbransjen samt enkelte endringer i ordningen for bygge- og anleggsbransjen*, av 8. mars 2010.

⁶⁶ Forskriften trådte i kraft 1. januar 2008.

⁶⁷ Per 4. mars 2008 var det utstedt kort til over 190 000 personer i byggenæringen. Høring Byggenæringens Landsforening – *Effektivisering av allmenngjøringsloven og solidaransvar for allmenngjorte lønn*, 4. mars 2008, s. 4.

⁶⁸ *Høring – forslag om ny forskrift om id-kort – innføring av krav om id-kort for renholdsbransjen samt enkelte endringer i ordningen for bygge- og anleggsbransjen*, s. 5.

2.3.6 Innsynsrett for tillitsvalgte

Innsynsrett ble som før nevnt innført i 2008. Ordningen omfatter tillitsvalgte i en organisasjon som er part i en tariffavtale som er allmenngjort. I utkastet til forskriften gjaldt ordningen bare for tillitsvalgte hos hovedleverandør, men dette ble endret i den endelige forskrift til å inkludere nærmeste underleverandør ”dersom det ikke var tillitsvalgte hos hovedleverandør”, jf forskriften § 6 annet ledd. Innsynsretten knytter seg utelukkende til ansatte som omfattes av en allmenngjøringsforskrift. I praksis innebærer dette at innsynsretten så langt er reservert for LO og underliggende forbund. Dette var et kritikkpunkt fra YS i høringsrunden.⁶⁹

Tillitsvalgte har rett, men ingen plikt til å kreve innsyn. Det er heller ikke lagt inn en varslingsplikt overfor Arbeids- eller Petroleumstilsynet.

Tidligere var innsynsrett for tillitsvalgte i ansattes arbeids- og lønnsvilkår, hjemlet i enkelte tariffavtaler.⁷⁰ Det er fortsatt adgang til å avtale innsynsrett ved forhandlinger mellom partene i arbeidslivet, gjennom forhandlinger mellom partene. Eksempelvis krever *Verkstedsoverenskomsten mellom NHO/Norsk industri og LO/Fellesforbundet, 2006-2008*, at bedriften ”på anmodning fra de tillitsvalgte” skal ”dokumentere lønns- og arbeidsvilkår som er gjeldende hos virksomheten når innleide arbeidstakere skal arbeide innen Verkstedsoverenskomsten virkeområde”, jf § 1.

I forskriften er det ikke lagt restriksjoner for adgangen til innsyn, mht hvor hyppig dette kan kreves, eller mht å sannsynliggjøre at det foreligger brudd eller lignende. I sin høringsuttalelse, savnet NHO at det var en ”terskel for å be om innsyn”.⁷¹

Det er likevel restriksjoner for anvendelsen av opplysninger fremkommet ved bruk av innsynsrett. Av forskriftens § 10 første ledd fremgår det at opplysningene ”bare benyttes til å undersøke om lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter.”

⁶⁹ Høringsbrev YS – forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, 06.12.2007.

⁷⁰ *Verkstedsoverenskomsten mellom NHO/Norsk industri og LO/Fellesforbundet, 2006-2008*, bilag 9, s 142 flg.

⁷¹ Høringsbrev NHO – forskrift om påseplikt og innsynsrett, av 05.12.2007.

Forskriften gir ingen føringer mht hvordan tvister om retten til innsyn mellom partene i arbeidslivet skal løses.

Også innsynsretten er ment fra norsk side som en oppfølging av norske forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet.⁷² Ordningens bestemmelser må derfor tolkes i EU/EØS-rettslig ramme. Dette er ikke ukontroversielt. NHO hevdet for eksempel i sin høringsuttalelse at innsynsretten medfører en ”plikt” for ”underentreprenører”; videre at det ”er klart at denne plikten utgjør en restriksjon på den frie bevegelse av tjenester i strid med EØS-avtalens artikkel 36.”⁷³ Og den 15. juli 2009 annonserte ESA – EFTAS overvåkningsorgan – at ESA ville undersøke om ordningen med innsynsrett for tillitsvalgte, var i overensstemmelse med Norges EØS-rettslige forpliktelser.⁷⁴ De EU/EØS-rettslige rammene for innsynsretten vil bli drøftet i neste kapittel.

3 De EØS-rettslige tjenestereglens rammer for regler om innsynsrett

3.1 Innledning

EU-retten gir føringer medlemsstatenes nasjonale rett. Dette begrenser medlemstaters reguleringsadgang. Som nevnt gjelder føringene også for Norge, som ved EØS-avtalen innlemmes i EUs indre marked, jf bl.a. EØS-avtalens artikkel 1, jf avtalens fortale femte avsnitt. Innen tjenestereglene presiseres dette i EØS-avtalens artikkel 28 annet ledd.

⁷² Se ot.prp.nr.56 (2006-2007) *Om lov om endringer av arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)*, s. 35-36.

⁷³ Høringsbrev NHO – forskrift om påseplikt og innsynsrett, av 05.12.2007.

⁷⁴ ESA: *The Authority closes its examination of the Norwegian General Application Act (Lov om allmenngjøring av tariffavtaler), but continue to investigate other related issues*, press release (09)55, 15. juli 2009.

Bestemmelsen lyder: ”Fri bevegelse skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.” Føringer fra EU, også innen tjenestereglene, forekommer på to nivåer:

På traktatnivå⁷⁵ oppstilles et prinsipp om fri bevegelse av tjenester. Prinsippet inngår som en del av de fire friheter, og utformingen av prinsippet er i hovedsak lik de øvrige prinsippene, altså fri flyt bevegelse av kapital, arbeidskraft og varer, d.v.s.; begrensninger i tjenestefriheten kan bare opprettholdes dersom de er begrunnet i legitime hensyn, og anses proporsjonale for å oppnå/ivareta disse hensynene.⁷⁶

Dernest har kommisjonen innført flere direktiver satt til å regulere grenseoverskridende tjenesteyting. Sentralt for innsynsretten står utstasjoneringsdirektivet. Kommisjonen har imidlertid også gitt andre direktiver som også regulerer tjenesteyting. Dette gjelder bl.a. Tjenstedirektivet⁷⁷ og Vikarbyrådirektivet⁷⁸. Disse er likevel av mindre interesse. Tjenstedirektivet har for eksempel ingen direkte betydning for utstasjonerte arbeidstakere. Dette fordi forhold som reguleres under utstasjoneringsdirektivet, er unntatt fra anvendelsesområdet til tjenstedirektivet, jf tjenstedirektivets artikkel 3 nr.1 litra a og artikkel 17 annet ledd.⁷⁹ Vikarbyrådirektivet er vedtatt, men er ennå ikke implementert.

Det kan diskuteres hvorvidt EU-rettens inndeling mellom direktiver og traktat (EU-rettens hierarkiske inndeling) gjelder tilsvarende overfor medlemsstater tilsluttet EUs indre marked gjennom EØS-avtalen. Jeg vil begrense meg på dette punkt. Det sentrale i diskusjonen er at EØS-avtalen ikke inneholder et tilsvarende hierarki som EU-retten, med primærrett – traktatene – og sekundærrett –, vedtak av lovgivningsmessig art fattet med hjemmel i traktaten, som for eksempel utstasjoneringsdirektivet. Dette kommer særlig godt til uttrykk i EØS-avtalens artikkel 119, der det fastslås at avtalens vedlegg og rettsakter

⁷⁵ Nå ved Lisboa-Traktaten, 2007/C 306/01, av 1. desember 2009.

⁷⁶ Se bl.a. *Webb* C-279/80 og *Gouda* C-288/89, premiss 15.

⁷⁷ Rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenesteytelser i det indre marked.

⁷⁸ Rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid.

⁷⁹ Se nærmere Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Marit Ødegaard: *Tjenstedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping*, FAFO-notat, 2008:05, s. 13-14.

”skal utgjøre en integrerende del av avtalen.” Også rent folkerettslig må hovedregelen være at vedlegg har samme rettslige status som traktaten, såfremt traktaten ikke sier noe annet.⁸⁰

Selv om en skulle komme til at EØS-avtalen legger til grunn et annet normhierarki enn EU-retten, må det materielle innholdet av sekundærrett tolkes slik at det ikke strider mot primærretten. Henrik Bull formulerer det slik:⁸¹

”Rettsaktene må så langt råd tolkes slik at de ikke representerer noe annet unntak fra, eller noe «frikort» i forhold til de generelle prinsippene in fri bevegelse. Bare på den måten kan man oppnå målsettingen EØS-avtalens fortale om «størst mulig gjennomføring» av de fire friheter og om å nå frem til og opprettholde lik tolkning og anvendelse av bestemmelsene i EØS-retten og EU-retten.”

Videre må det være visse forutsetninger tilstede for at reglene om tjenesteregulering skal gjelde. Disse forutsetningene er ikke et eget tema i avhandlingen og vil behandles kort.

For det første må aktiviteten inneholde et grenseoverskridende element. For tjenesteytelser kan dette kravet leses ut av EØS-avtalens artikkel 36. Her fremgår at det ikke skal ”være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartens territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.”⁸² Dette trekker en grense mot aktiviteter som under enhver henseende kun begrenses til en stat.⁸³

Det skal lite til før en aktivitet kan sies å inneholde et grenseoverskridende element. I prinsippet er det tilstrekkelig at ulike deler av tjenesteytelsen har tilhørighet i ulike medlemsstater. Videre er det heller ikke noe krav om en faktisk grenseoverskridende

⁸⁰ Se nærmere Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, Universitetsforlaget, 2002, s. 83 flg.

⁸¹ Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, Universitetsforlaget, 2002, s. 82 flg.

⁸² Kravet kan også leses ut av utstasjoneringsdirektivets artikkel 2.

⁸³ Se bl.a. *Jägerskjöld C-97/98* og *Saunders C-175/78*. Om temaet, se for øvrig: Sejersted m.fl.: *EØS-rett*, 2. utgave Oslo 2004, s. 435. Josephine Steiner m.fl.: *EU Law*, 9th edition Oxford University Press, 2006, s. 471. Stein Evju: *Posting Past and Present – Genesis and Current Contrasts*, Formula Working Papers, Oslo, 2008, s.26.

aktivitet. Det er tilstrekkelig at en regulering virker hindrende for potensiell grenseoverskridende tjenesteyting.⁸⁴

For det andre er det krav om aktiviteten kan klassifiseres som tjenesteyting.⁸⁵ Dette referer seg til et tjenestebegrep, et begrep som skiller tjenesteyting fra de øvrige friheter. EØS-avtalens Artikkel 37 etablerer utgangspunktet for hva som regnes som inngår i tjenestebegrepet. Av bestemmelsens første ledd fremgår et krav om betaling. Hva som ligger i det, klargjøres av domstolen i saken *Belgia mot René Humbel og hustru Marie-Therese Edel*. I dommens premiss 17 uttales: "The essential characteristic of remuneration thus lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the service".⁸⁶ Domstolen har brukt dette kravet for å utelukke ytelser uten økonomisk tilknytning.⁸⁷ Dette munner ut i et krav om en økonomisk aktivitet en eller annen forstand. Kravet er imidlertid ikke spesielt strengt, noe som kan illustreres ved sakene *SPUC v. Grogan* og *De forente saker Deliège*.⁸⁸ Videre må aktiviteten ikke sortere "under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelse for kapital og personer." Ved dette gis en negativ avgrensning mot de øvrige friheter. Et tilfelle som faller inn under det fri varebytte, vil for eksempel ikke kunne klassifiseres som tjenesteyting. Dette gjør at det ikke foreligger noen positiv definisjon av tjenester.⁸⁹

Selv om det kanskje ikke er positive definisjoner av tjenester, kan det likevel gis karakteristikk av begrepet. En er at tjenesteaktiviteten er midlertidig. Først og fremst er

⁸⁴ Se bl.a. *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB* C-405/98, premiss 38.

⁸⁵ Se generelt Barnard: *The substantive Law of the EU. Four freedoms*, second edition, Oxford University, 2006, s. 358 flg.

⁸⁶ *Belgia mot René Humbel og hustru Marie-Therese Edel*, C-263/86, premiss 17

⁸⁷ Catherine Barnard: *The substantive Law of the EU. Four freedoms*, second edition, Oxford University, 2006, s. 360.

⁸⁸ Se *SPUC v. Grogan*, C-159/90 og *De forente saker Deliège*, C-51/96 og C-191/97. Den siste saken illustrerer at det kravet om økonomisk aktivitet ikke er spesielt strengt.

⁸⁹ Josephine Steiner betegner reglene om fri bevegelse av tjenester som en "(...) catch-all or fall-back provision." Se Josephine Steiner m.fl. *EU Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2006, s. 470.

dette et spørsmål om aktivitetens varighet, men som domstolen uttaler i Gebhard⁹⁰ vil også hyppighet, periodisk karakter og kontinuitet, være av betydning. Dette trekker en grense mot etableringsfriheten. I *Rush* belyses grensen mellom arbeidsmobilitet under fri bevegelighet av arbeidskraft og tjenester. I saken hadde et portugisisk selskap med arbeidstakere fra et tredje land for å bygge en jernbanestrekning i Frankrike. Domstolen fastslo at artikkel 49 og 50 "(...) preclude a Member State from prohibiting a person providing services established in another Member State from moving freely on its territory with all his staff."⁹¹ Ved dette var grunnlaget for utstasjonering lagt, en type arbeidsmobilitet som sorterer under tjenestereglene.

For den videre redegjørelsen av de EØS-rettslige rammene for reglene om innsyn, vil jeg ta utgangspunkt i den EØS-rettslige reguleringen på traktatnivå. Derneft vil jeg på bakgrunn av den redegjøre for de krav som følger på direktivnivå ved utstasjoneringsdirektivet.

3.2 Grenser for tillitsvalgtes innsynsrett under traktatbestemmelsene

3.2.1 Innledning

Retten til fritt å tilby og levere tjenester innen EØS-området, er slått fast i EØS-avtalens artikkel 36. I dette ligger et forbud mot reguleringer som hindrer grenseoverskridende tjenesteyting. Dette er det generelle utgangspunkt.

På visse vilkår kan imidlertid medlemsstater opprettholde inngrep i grenseoverskridende tjenesteyting. Forutsetningen er at restriksjonen eller diskrimineringen er begrunnet i et eller flere "legitime formål", og ikke går lenger enn det som er nødvendig

⁹⁰ *Gebhard* C-55/94, premiss 27.

⁹¹ For nærmere om tjenestebegrepet, se bl.a. Erik Sjödin: *The Restricting Labour Market*, Formula Working Paper, 2009, s. 10-12.

for å oppnå formåle(t)(ene).⁹² Dette unntaket knytter seg til en todelt vurdering. Det må avgjøres om tiltaket faktisk tilfredsstiller disse hensynene. Videre kan ikke tiltaket gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Sistnevnte krav gjør at restriksjonen underkastes en proporsjonalitetsvurdering. I dette ligger at tiltaket må anses *egnet* for å fremme formålet, og at det må være en *forholdsmessighet* mellom graden av inngripen i tjenestefriheten og det formålet eller formålene tiltaket skal ivareta.

3.2.2 Restriksjonsvurderingen

Restriksjonsforbudet følger av ordlyden i artikkel 36, den lyder:

”Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager”

Bestemmelsen gir tjenesteytere etablert i en EØS-stat rett til fritt å kunne tilby sine tjenester til kunder i andre EØS-stat. Dette gjelder også tjenesteytere som sender ut egne ansatte til en annen medlemsstat for å levere en tjenesteytelse.

Forbudet bygger på en diskrimineringsankegang.⁹³ Nasjonale ordninger som forskjellsbehandler på bakgrunn av bosted, nasjonalitet og etableringsland rammes av forbudet. Ved dette har hensynene bak artikkel 36 en sammenheng med det generelle diskrimineringsforbud nedfelt i EØS-avtalens artikkel 4. Det underliggende er beskyttelse mot proteksjonisme og nasjonale særordninger.

⁹² Se bl.a. *Kommisjonen mot Tyskland C-341/02*, premiss 24.

⁹³ Se Sejersted m.fl.: *EØS-rett*, 2. utgave Oslo 2004, punkt 21.4.2. Et illustrerende eksempel er *Koestler C-15/78*. Domstolen fastslo at selv om EU-trakten forbyr diskriminering, krever den ikke at utenlandske tjenesteytere skal behandles mer fordelaktig enn egne tjenesteytere. Se nest siste avsnitt under ”grounds”. (Dommen oppgir ikke premisser)

Diskriminering kan enten følge direkte av loven, i så fall taler en om direkte/formell diskriminering,⁹⁴ eller som et resultat av den rettstilstand som oppstår ved loven, dette omtales som indirekte/skjult diskriminering.⁹⁵ Domstolen forklarer dette i en uttalelse i *Seco*:

“(...) those provisions entail the abolition of all discrimination against a person providing a service on the grounds of his nationality or the fact that he is established in a member state other than that in which the service must be provided. Thus they prohibit not only not only overt discrimination based on the nationality of the person providing a service but also all forms of covert discrimination which , although based on criteria which appear to be neutral, in practice lead to the same result.”⁹⁶

Denne allerede vide restriksjonsvurderingen, ble utvidet ved dommen *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.*⁹⁷ Saken gjaldt retten til å tilby tjenester som fornyet patenter i Tyskland. Reguleringen var nylig endret slik at det kun var agenter som tilfredstilte bestemte faglige krav, som kunne tilby tjenesten. Dette stod i motsetning til England, tjenesteyterens hjemland, der det ikke forelå et tilsvarende kvalifikasjonskrav. Spørsmålet for domstolen var om de tyske reglene var i strid med de EØS-rettslige tjenestereglerne, ettersom det ville hindre tjenesteyteren å tilby tjenesten i Tyskland. Domstolen foretok ikke en diskrimineringsvurdering, tvert imot uttalte domstolen:

” It should first be pointed out that Article 59 of the Treaty requires not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the ground of his nationality *but also* the abolition of any restriction, *even if it applies without distinction* to national providers of services and to those of other Member States, when it is *liable to prohibit* or *otherwise impede* the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services.”⁹⁸ (Min kursivering)

⁹⁴ *Gouda* C-288/89, premiss 10 og 11.

⁹⁵ Indirekte diskriminering er redegjort for i *Gouda* C-288/89, premiss 12 og 13.

⁹⁶ Forente saker C-62/81 og 63/81, *Société anonyme de droit français Seco og Société anonyme de droit français Desquenne & Giral mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, premiss 8.

⁹⁷ *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90.

⁹⁸ Se premiss 12.

Det avgjørende etter domstolens vurdering var om reguleringen var "liable to prohibit or otherwise impede activities of a provider of services(...)," ikke hvorvidt tiltaket innebærer en form for diskriminering overfor aktører fra andre EU/EØS-land, jf " (...)even if it applies without distinction(...)". Det var videre etter domstolens syn tilstrekkelig at tiltaket var egnet eller i hvert fall innebar en viss risiko for å gjøre tjenesteytelsen mindre fordelaktig. Hvor stor sannsynlighet som domstolen krevde, kan være noe usikkert. I "liable" ligger det antagelig et krav noe under sannsynlighetsovervekt, slik at det i utgangspunktet ikke skal mye til. Rettstilstanden etter domsavsigelsen var en restriksjonsvurdering uavhengig av den tradisjonelle diskrimineringstankegangen.

Denne vide restriksjonslæren er også lagt til grunn i senere saker. Dette gjelder bl.a. Varemessesaken⁹⁹ *Mazzoleni*¹⁰⁰ og *Alpine Investements*.¹⁰¹ I *Alpine Investements* gjaldt saken nederlandsk forbud mot telefonsalg av enkelte finansielle tjenester overfor potensielle kunder. Spørsmålet var om dette forbudet hindret eller vanskeliggjorde en mulighet for etablering og drift i Belgia der det ikke gjaldt et tilsvarende forbud. Domstolen uttalte:

"Although a prohibition such as the one at issue in the main proceedings is general and non-discriminatory and neither its object nor its effect is to put the national market at an advantage over providers of services from other Member States, it can none the less, as has been held above (see paragraph 28), constitute a restriction on the freedom to provide cross-border services."

I *Mazzoleni* utvikler restriksjonslæren videre ved å spesifisere at lovgivning som medfører administrative eller økonomiske belastninger, er restriksjoner i tjenestefriheten, domstolen uttaler:

"(...) the application of the host Member State's national rules to service providers is liable to prohibit, impede or render less attractive the provision of services to the extent that it involves expenses and additional administrative and economic burdens."¹⁰²

⁹⁹ *Commission of the European Communities v Italian Republic*, C-439/99, premiss 22.

¹⁰⁰ *Mazzoleni*, C-165/98.

¹⁰¹ *Alpine Investement*, C-384/93.

¹⁰² Dommens premiss 24.

Resultatet av dommene er en forholdsvis streng vurdering uavhengig av diskrimineringskankengangen – en mer vidtgående restriksjonsvurdering.¹⁰³

Likevel er ikke praksis fra domstolen helt entydig. Et interessant tilfelle er *Mobistar*.¹⁰⁴ I dommen, avsagt 2003, slo domstolen fast at kommunale skatter på sendetårn som gjaldt uten noen form for forskjellsbehandling mellom nasjonale tjenesteytere og utenlandske tjenesteytere, ikke var i overensstemmelse med gjeldende artikkel 49 (EØS-artikkel 36). Domstolen uttalte:

”...without distinction to national providers of services and to those of other Member States and affects in the same way the provision of services within one Member State and provisions of services between Member States’, did not breach Article 49.”

Domstolen fant her at mangel på diskriminering, jf ”without distinction to national providers of services..”, innebar at tilfellet falt utenfor restriksjonforbudet. Dommen kan tolkes som et skritt tilbake fra den vide restriksjonsvurderingen som legges til grunn i *Säger*.¹⁰⁵ Dette synes Catherine Barnard å gjøre.¹⁰⁶

En annen interessant dom er *De forente saker Deliège*.¹⁰⁷ Saken gjaldt en belgisk amatørutøvers anledning til å delta i et judostevne i Frankrike. Utøveren hevdet å bli

¹⁰³ Om restriksjonsvurderingen, se generelt Marc De Vos, *Free Movement of Workers, Free movement of Services, and the Posted Workers Directive: A Bermuda Triangle for National Labour Standards*, ERA Forum, Springer Germany Heidelberg, volum 7 nr. 3, 2006, s. 356-370, på s. 362.

¹⁰⁴ *Forente saker Mobistar*, C-544/03 og C-545/03.

¹⁰⁵ Se Catherine Barnard: *The substantive Law of the EU. Four freedoms*, second edition, Oxford University, 2006, s. 374.

¹⁰⁶ Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, Oxford 2007, s. 374 (annet avsnitt). “Where a measure is non-discriminatory but the effect on the market access is slight, then there is no breach of Article 49.” Hun viser bl.a. til *Viacom 2* (C-134/03) og følgende uttalelse: “.. the levying of such a tax is not on any view liable to prohibit, impede or otherwise make less attractive the provision of services within one Member State and the provision of services between Member States.” Følgen var at det ikke forelå et brudd på artikkel 49. (Artikkel 56 etter vedtakelse av Lisboa-traktaten). Se også Catherine Barnard: *Restricting Restrictions*, Cambridge Law Journal, 68(3), november 2009, s. 575–606, s. 601 flg.

¹⁰⁷ *De forente saker Deliège*, C-50/96 og C-191/97.

hindret av en regel som krevde tillatelse fra de nasjonale forbund for å delta. Domstolen la til grunn at tilfellet falt inn under tjenestereglene, men fastholdt at et utvelgelsessystem ikke i seg selv kunne påvirke sportsutøverens adgang til markedet. Grunnet dette ble det ikke ansett for å være en restriksjon i tjenestefriheten.¹⁰⁸

En følge kan være at det i tilfeller der påvirkninger av markedsadgangen er begrenset eller inadekvat, kreves en ”klarere” forskjellsbehandling, slik at det i praksis oppstår et krav om direkte eller indirekte diskriminering.¹⁰⁹ Det kan virke som domstolen ved dette innrømmer medlemsstater et slingringsmonn dersom det dreier seg om ikke-diskriminerende tiltak og påvirkningen av markedstilgangen er minimal eller liten.¹¹⁰

3.2.3 Unntaket – reglene om tvingende allmenne hensyn

Under visse forutsetninger kan medlemsstaters restriksjoner i tjenestefriheten opprettholdes. Tjenestefriheten er med dette ikke absolutt, men må i bestemte tilfeller vike for nasjonale hensyn.

Ordninger som direkte diskriminerer, kan kun opprettholdes etter EØS-avtalens artikkel 39, jf artikkel 33. Unntakene knytter seg til hensyn begrunnet i folkehelsen, offentlig orden og sikkerhet. Det dreier seg om en relativt snever opplisting av legitime formål.

Opplistingen av legitime formål utvides derimot dersom restriksjonen ikke innebærer en direkte form for diskriminering. Ved opprinnelsesnøytrale ordninger – altså ordninger som ikke formelt forskjellsbehandler på bakgrunn av nasjonalitet – kan restriksjoner i tjenestefriheten også begrunnes i den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn.

¹⁰⁸ Dommens premiss 60 flg.

¹⁰⁹ En kan kanskje slutte dette av Sejersted. I Sejersted m.fl: *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo, 2004, s. 439 uttales følgende: ”Dersom en regel ikke gjelder adgangen til markedet, og ikke diskriminerer, kan den likevel falle utenfor restriksjonsforbudet.”

¹¹⁰ Et annet eksempel på dette, kan være *Weigel* C-387/01. Tilfellet gjelder innen skatt, men kan likevel ha overføringsverdi til tjenester.

Begrepet tvingende allmenne hensyn er ikke spesielt strengt.¹¹¹ Blant annet har domstolen akseptert forbrukerhensyn, miljøpolitikk, alkoholpolitikk, trafikksikkerhet, kulturpolitikk og beskyttelse av opphavsrettigheter som legitime formål.¹¹² Opplistingen referer seg heller ikke til bestemte kategorier begrunnelser. Også mer uvanlige hensyn kan etter omstendighetene legitimere innskrenkninger i tjenestefriheten. I *Alpine Investments* ble beskyttelsen av omdømmet til det nederlandske finansielle markedet regnet som et legitimt formål.¹¹³ I saken *Analir m.fl. vs Administración General del Estado* ble sikring av fast og tilstrekkelig sjøtransport mellom øyer funnet som et legitimt hensyn.¹¹⁴ Det reelle synes å være at formålet, etter domstolens vurdering, fortjener et særskilt vern på bekostning av tjenestefriheten.¹¹⁵ Domstolen synes å foreta en forholdsvis konkret vurdering, og uttøver ved dette en dynamisk funksjon. En kan også se indikasjoner på at angivelse av formål i sekundærrett kan influere hva domstolen anser som legitime formål. Det følger for eksempel av utstasjoneringdirektivets fortale at direktive skal fremme ”fair competition”, jf fortalens femte avsnitt. Når domstolen i *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix*¹¹⁶ uttaler at beskyttelse mot ”unfair competition on the part of undertakings paying their workers at a rate less than the minimum rate of pay” (min kursivering) er et tvingende allmenn hensyn,¹¹⁷ synes det å virke som direktivet herunder dets formål har hatt betydning.

¹¹¹ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger, Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, punkt 2.1, fjerde avnitt, med videre henvisninger. Se også Stein Evju, *Ustasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*, *Arbeidsrett*, volum 5 nr. 1. 2008, s. 1-20, s. 8.

¹¹² Domstolen oppstiller en liste over enkelte legitime formål i *Gouda*. Se *Gouda* C-288/89, premiss 14. For en mer utførlig redegjørelse av legitime formål, se Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU the four freedoms*, Second edition, Oxford, 2007, s. 493 flg.

¹¹³ *Alpine Investments*, C-384/93, premiss 44.

¹¹⁴ C-205/99, premiss 27.

¹¹⁵ I *Commission of the European Communities v Republic of Austria* C-168/04 forklarer dette ved å fastslå at restriksjonen kan “(...)be justified where it meets an overriding requirement relating to the public interest (...)”

¹¹⁶ *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix*, C-60/03.

¹¹⁷ Se dommens premiss 41.

Samtidig ligger det en klar grense i at begrensninger i tjenestefriheten aldri vil kunne begrunnes i proteksjonistiske, forvaltningsmessige¹¹⁸ eller økonomiske hensyn. Dette har domstolen fastslått flere steder, bl.a. *Bond van Adverteerders*¹¹⁹ og *SETTG*.¹²⁰ Grunnen er åpenbar. Det ville stå i direkte motsetning til tankegangen om et felles marked, dersom domstolen aksepterte innskrenkning i tjenestefriheten ut fra proteksjonistiske hensyn. Det felles marked skal tvert imot bekjempe proteksjonisme og nasjonale særløsninger for det EU anses å være fellesspørsmål, et felles anliggende.

Det vanskelige spørsmålet er hva som skiller proteksjonisme og økonomiske hensyn fra andre tilgrensende legitime hensyn. Problemstillingen gjelder også i relasjon til beskyttelse av arbeidstakere. Det er dette som er aktuelt for denne avhandlingen, og det er således dette som vil behandles i neste punkt.

3.2.3.1 Beskyttelse av arbeidstakere som et tvingende allment hensyn

Beskyttelse av arbeidstakere er også lagt til grunn som et tvingende allment hensyn. Dette ble først fastslått i *Webb*,¹²¹ men er også senere konstatert i andre saker.¹²² I dag er beskyttelse av arbeidstakere uten tvil et legitimt hensyn etter EF-retten. Dette tjener som et utgangspunkt.

Spørsmålet er egentlig hva som kan kategoriseres som arbeidervern, og ikke utslag av konkurrerende hensyn. Først og fremst reiser det seg et spenningsforhold mellom regulering av arbeidsmarked på den ene siden og proteksjonistiske og økonomiske forhold på den andre siden. Det siste vil være utillatelige hensyn, og kan ikke legitimere en begrensning i tjenestefriheten. Marc Van Hos formulerer det slik: “The ECJ allows for

¹¹⁸ Jf *Forsikringssaken mot Tyskland*, C-205/84, premiss 54.

¹¹⁹ *Bond van Adverteerders*, C-352/85, premiss 34.

¹²⁰ *SETTG*, C-398/95.

¹²¹ Se bl.a. Erik Sjødin: *The Restricting Labour Market*, Formula working paper, s. 70, med henvisning til *Webb* C-279/80, premiss 19.

¹²² *Guiot* C-272/94, premiss 16, *De forente saker Seco* C-62/81 og C-63/81, *Rush Portuguesa* C-113/89, premiss 18, *Gouda* C-288/89, premiss 13, *Laval* C-341/05, premiss 102-103.

social protection, but not for economic protectionisme”.¹²³ Balansegangen kan virke hårfin, noe jeg vil utdype.

Kommisjon mot Tyskland er et annet eksempel. I et obiter dictum i saken fastslås det at beskyttelse mot sosial dumping vil kunne regnes som et legitimt formål.¹²⁴ Isolert sett vil ordninger som motvirker sosial dumping ha en sosial dimensjon, de skal verne om arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår.

I *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg* fastslår domstolen at ”avoiding disturbances on the labour market” vil være en legitim innskrenkning i tjenestefriheten.¹²⁵ Hva som ligger ”disturbances on the labour market,” kan virke uklart. Uttalelsen bygger videre på uttalelsen i *Rush*,¹²⁶ og det kan synes som om domstolen spesifiserer hva som ligger i medlemsstaters rett til å regulere egne arbeidsmarkeder. Likevel må en kunne slutte av formulering at også ordninger som inneholder en viss økonomisk eller proteksjonistisk dimensjon, vil kunne opprettholdes.

Enda lenger går domstolen muligens i *Wolff & Müller*. I saken fastslås at en beskyttelse mot ”unfair competition” vil kunne utgjøre et legitimt hensyn.¹²⁷ Ved dette anser domstolen at beskyttelse mot konkurransevridning vil kunne være et legitimt hensyn. Utsagnet har en referanse til virksomheters manglende etterlevelse av tyske minstelønnsordninger fastsatt i medhold av utstasjoneringsdirektivets artikkel 3. Det begrepet om ”unfair competition” som legges grunn i *Wolff & Müller*, vil dermed knytte seg til det konkurransefortrinn virksomheter kan få ved å fravike minstestandarder fastsatt i medhold av utstasjoneringsdirektivets artikkel 3. Den har således også en grenseflate mot beskyttelse av utstasjonerte arbeidstakere.

¹²³ Se Marc Van Hos *Free Movement of Workers, Free movement of Services, and the Posted Workers Directive: A Bermuda Triangle for National Labour Standards*, ERA Forum, Springer, Germany Heidelberg, volum 7 nr. 3, 2006, s. 357-370, s. 365.

¹²⁴ C-244/04, premiss 61.

¹²⁵ *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg*, C-445/03, premiss 38.

¹²⁶ jf premiss 38, ”(...) to that effect, Case C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, paragraph 13 (...).”

¹²⁷ C-60/03, premiss 41.

Samtidig uttaler domstolen i *De forente saker Finalarte* at beskyttelse av nasjonale foretak ikke kan begrunne restriksjoner i tjenestefriheten.¹²⁸ Grensen mellom dette og beskyttelse mot "unfair competition" (konkurranssevridning), som er lagt til grunn i *Wolff & Müller*, synes forholdsvis tynn.

Hvilket formål en ordning faktisk fremmer, kan være vanskelig å avgjøre. Særlig i grensedragningen mellom regulering av arbeidsmarked for beskytte arbeidstakere, og økonomiske/proteksjonistiske formål. Praksis fra EF-domstolen avhjelper imidlertid situasjonen noe.

Domstolen har ved flere anledninger fastslått at det er ordningens faktiske virkninger som avgjør om ordningen kan sies å fremme legitime formål. *De forente saker Finalarte*¹²⁹ illustrerer dette i premissene 40 til 42. Domstolen fastslår at det er ordningens faktiske virkninger for utstasjonerte arbeidstakere, som er avgjørende:

"However, whilst the intention of the legislature, to be gathered from the political debates preceding the adoption of a law or from the statement of the grounds on which it was adopted, may be an indication of the aim of that law, it is not conclusive.

It is, on the contrary, for the national court to check whether, viewed objectively, the rules in question in the main proceedings promote the protection of posted workers.

In this respect, it is necessary to check whether those rules confer a genuine benefit on the workers concerned, which significantly adds to their social protection. In this context, the stated intention of the legislature may lead to a more careful assessment of the alleged benefits conferred on workers by the measures it has adopted. "

Domstolen har lagt til grunn at det ikke er antatte virkninger, herunder lovgivers tilsiktede virkninger, som er avgjørende for hvilke interesser tiltaket synes å fremme. Det kom særlig godt til syne i saken *Wolff & Müller*.¹³⁰ I saken ble det vist til at hovedbegrunnelsen for

¹²⁸ *De forente saker Finalarte*, C- 49/98, premiss 39. Se også *Portugaia Construções Lda* C-164/99, premiss 24.

¹²⁹ *De forente saker Finalarte*, C- 49/98.

¹³⁰ Se særlig saksforholdet i *Wolff & Müller*, C-60/03.

innføring av regler om solidaransvar i Tyskland, var vern av det tyske arbeidsmarkedet.¹³¹ Domstolen avviste ikke dette, men fastslo at det avgjørende var hvilken reell effekt reglene hadde for den enkelte arbeidstakere.¹³² Den så altså hen til de objektive virkningene ved regelsettet, ikke hvilke formål, herunder hovedformål, som lå til grunn for reguleringen. En slik tilnærming har også domstolen gjort i andre anledninger. Dette gjelder bl.a. i *Portugaia*.¹³³ I premiss 63 uttalte domstolen:¹³⁴

“..it is for the national authorities or, as the case may be, the national courts to determine whether, considered objectively, that legislation provides for the protection of posted workers. In that regard, although the declared intention of the legislature cannot be conclusive, it may nevertheless constitute an indication as to the objective pursued by the legislation.”

Som sakene illustrerer, er ikke lovgivers angivelse av formål avgjørende for hvilke hensyn ordningen kan sies å fremme, jf særlig *Wolff & Müller*. Den legislative begrunnelse kan gi en indikasjon, men for å fastslå hvilke legitime hensyn reguleringen fremmer, må en foreta en objektiv vurdering av ordningens faktiske virkninger.¹³⁵

Dersom medlemsstatene påstår at ordningen fremmer bestemt formål, må medlemsstaten sannsynliggjøre det.¹³⁶ Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at medlemsstaten påstår at restriksjonen fremmer et legitimt formål, for eksempel i lovforarbeidene, uten at dette samtidig underbygges av dokumentasjon av ordningens faktiske virkninger. Ved å fokusere på ordningens faktiske virkninger, flyttes fokus bort fra reglene om allmenne hensyn og over på proporsjonalitetsvurderingen.

¹³¹ Dommens premiss 18.

¹³² Dommens premiss 38.

¹³³ *Portugaia Construções Lda*, C-164/99

¹³⁴ *Portugaia Construções Lda*, C-164/99

¹³⁵ For eksempel hvorvidt det utgjør en reell beskyttelse for utstasjonerte arbeidstakere.

¹³⁶ Se *Gambelli*, C-243/01 premiss 63.

3.2.4 Proporsjonalitetsvurderingen

Det er ikke tilstrekkelig at ordningen fremmer et legitimt hensyn for at den skal kunne opprettholdes etter de EØS-rettslige tjenestereglene. Den må i tillegg passere en proporsjonalitetstest. Testen er i realiteten en toleddet vurdering, noe saken *De forente saker Arblade C-369/96 og C-376/96* illustrerer:

”The application of national rules to providers of services established in other Member States must be appropriate for securing the attainment of the objective and must not go beyond what is necessary in order to attain it (...).”¹³⁷

Av uttalelsen fremgår det at tiltaket må være ”appropriate” – d.v.s. egnet, passende, treffende¹³⁸ – for å oppnå det legitime formålet, og at det ikke går utover det som er nødvendig for å ivareta, eller oppnå det legitime formålet. Det siste er en forholdsmessighetsvurdering mellom graden av inngripen i tjenestefriheten og de faktiske konsekvenser ordningen har for den beskyttelsesverdige interessen. Et poeng til dette er at dersom en nasjonal regel kan sies å tjene flere legitime formål, må disse vurderes samlet opp mot inngrepet tjenestefriheten.¹³⁹

3.2.4.1 Egnethetsvurderingen

En forutsetning for at restriksjoner i tjenestefriheten skal kunne opprettholdes, er at de er nødvendige for å oppnå det legitime formålet. I dette ligger et minimum om at ordningen må være *egnet*.

¹³⁷ Premiss 35.

¹³⁸ Oversettelse fra ordnett.no.

¹³⁹ Se *Läärä C-124/97*, premiss 33, med henvisning til *Schindler C- 275/92*, premiss 58.

Erfaringsmessig er det sjelden domstolen kommer til at tiltak er uegnet til å fremme et legitimt formål.¹⁴⁰ Det er flere grunner til det. En del ”uegnede” tiltak vil nok ikke kunne sies å være begrunnet i vedkommende legitime hensyn overhode, særlig ettersom en forutsetning for at tiltaket anses begrunnet i legitime formål, er at tiltaket faktisk fremmer formålet, jf ovenfor. Når tiltaket er uegnet, vil det dermed vanskelig kunne ha de faktiske konsekvenser påkrevet for å fremme det legitime formålet. Dette illustrerer at proporsjonalitetsvurderingen og reglene om allmenne hensyn overlapper. En vil kunne ha en valgfrihet mellom å foreta vurderingen som en del av ”egnethetsvurderingen” under proporsjonalitetsvurderingen, eller som en del av vurderingen under tvingende allmenne hensyn.

Dernest vil uegnede tiltak uansett fremstå som unødvendige tillegg. Det innebærer at det uansett ikke vil passere den såkalte forholdsmessighetsvurderingen, altså proporsjonalitetsvurderingens andre del.

Antagelig viktigst er imidlertid at medlemsstater sjelden vil lage uegnede mekanismer. En uegnet mekanisme vil tross alt være mislykket i den forstand at den faktisk ikke fremmer formålet.

Det har likevel hendt at domstolen har funnet ordninger eller reguleringer uegnet. Et eksempel på det er *Seco*. Domstolen fastslo at et pålegg om at utstasjonerte arbeidstakere måtte betale inn til det nasjonale trygdesystemet, ikke ga utstasjonerte arbeidstakere noen reell fordel. Det var derfor en uegnet pålegg, og dermed også en unødvendig restriksjon.¹⁴¹

3.2.4.2 Forholdsmessighetsvurderingen

¹⁴⁰ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41 punkt 3.3.1: ”Det skal relativt mye til før EF-domstolen finner at en regel ikke er egnet til å nå sitt oppgitte formål.” Kolstad henviser videre til Sejersted m.fl. *EU-rett*, 2. utgave, Oslo, s. 453. Se også Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester*, Universitetsforlaget, Oslo 2002, s. 594.

¹⁴¹ *De forente saker Seco* C-62/81 og C-63/81, premiss 14.

I proporsjonalitetsvurderingen ligger et krav om forholdsmessighet. Kravet munner ut i en vurdering der en måler graden av inngripen i tjenestefriheten mot hvilke legitime formål som oppnås ved restriksjonen. Avveiningen består av to sider, en funksjonell side og en prinsipiell side.¹⁴² I tillegg ligger det et dupliseringsforbud innbakt i vurderingen. Jeg behandler først forholdsmessighetsvurderingens prinsipielle side, dernest den funksjonelle siden. Avslutningsvis behandles dupliseringsforbudet.

Forholdsmessighetsvurderingens prinsipielle side

I forholdsmessighetsvurderingens prinsipielle side vurderes om medlemsstater har gått for langt i å beskytte legitime hensyn på bekostning av tjenestefriheten. Sagt på en annen måte er dette et spørsmål om medlemsstaters anledning til å fastsette *beskyttelsesnivå*.

Domstolen er gjerne tilbakeholden med å overprøve denne vurderingen. Dette fordi det dreier seg gjerne om utpregede politiske beslutninger, noe som gjør at domstolen innrømmer medlemsstatene en skjønnsmargin. *De forente saker Finalarte* illustrerer dette. En problemstilling i saken var om Tyskland hadde anledning til å fastsette lengre ferier ved allmenngjorte tariffavtaler, enn det som fulgte av arbeidstidsdirektivet.¹⁴³ Spørsmålet for domstolen var om dette var en uforholdsmessig inngripen i tjenestefriheten. Den uttalte følgende:

“It is therefore for each Member State to determine the period of paid leave which is necessary in the public interest. Since the Federal Republic of Germany has determined that a period of paid leave equal to 30 days worked per year is necessary for the social protection of construction workers Articles 59 and 60 of the Treaty do not, in principle, prevent that Member State from extending this level of protection to workers posted by providers of services established in other Member States.”¹⁴⁴

¹⁴² Se for eksempel Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital. Import av finansielle tjenester*, Universitetsforlaget 2002, Oslo, s. 591 flg.

¹⁴³ Rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden.

¹⁴⁴ Premiss 58.

Domstolen henviste til uttalelsen i *Rush*,¹⁴⁵ og fastslo at det var opp til den enkelte medlemsstat å avgjøre hvilket sosialt beskyttelsesnivå som var nødvendig for å sikre formålet. For bygningsarbeidere anså Tyskland det nødvendig med lengre betalt ferie enn det som fulgte av arbeidstidsdirektivet. Domstolen overprøvde ikke skjønnet. Tilsvarende uttalelser som dette kan også spores i dommene *Läarä*¹⁴⁶ og *Schindler*.¹⁴⁷ I dag er det liten tvil om at medlemsstater har et slingringsmonn ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå. Dette gjelder særlig innen politisk sensitive områder som alkohollovgivning, men også mht vern av arbeidstakere. Sejersted uttrykker det slik:

”I utgangspunktet vil hver enkelt stat ha en betydelig frihet til å bestemme hvilket beskyttelsesnivå den ønsker... Dette er ikke minst klart ved lovgivning til vern av arbeidstakere på områder for fri bevegelighet.”¹⁴⁸

Medlemsstaters skjønnsmargin til å fastsette eget beskyttelsesnivå har også kommet til uttrykk i utstasjoneringdirektivets artikkel 5. Som det vil redegjøres for i avhandlingens punkt 3.3.2. fastslår artikkel 5 tolket i lys av *Wolff & Müller* at medlemsstater har en skjønnsmargin ved den nærmere fastsettelsen av form og regelinnhold for kontrollmekanismer.¹⁴⁹ Dette må ha sammenheng med domstolens varsomhet med å overprøve medlemsstaters beskyttelsesnivå etter proporsjonalitetsvurderingen. Evju synes også å indikere det i evalueringen av allmenngjøringsloven (punkt 3.4.2. side 24, i petit).¹⁵⁰

Dette utelukker likevel ikke at domstolen i bestemte tilfeller overprøver skjønnet. Dette var bl.a. tilfellet i den danske flaskepantsaken. I den saken fastslo domstolen at det forelå et klart tilfelle av overbeskyttelse.¹⁵¹ Domstolen gikk derfor inn og overprøvde skjønnet.

¹⁴⁵ Dommens premiss 18.

¹⁴⁶ *Läarä*, C-124/97, premiss 35.

¹⁴⁷ *Schindler*, C-275/92, premiss 61.

¹⁴⁸ Sejersted m.fl: *EØS-rett*, 2. utgave, s. 458.

¹⁴⁹ Se direktivets artikkel 5, jf *Wolff & Müller* C-60/03, premiss 30.

¹⁵⁰ Stein Evju, *Evaluering av allmenngjøringsordningen – høring*, 2006 (Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006)

¹⁵¹ *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, C-302/86, premiss 17 flg.

Forholdsmessighetsvurderingens funksjonelle side

Forholdsmessighetsvurderingens funksjonelle side retter seg mot medlemsstatens *beskyttelsesmåte*. En spør om hensynet kunne vært nådd ved andre og mindre inngripende midler.¹⁵² Utgangspunktet er her annerledes enn ved medlemsstatenes beskyttelsesnivå; domstolen anser seg forholdsvis kompetent til å avgjøre hvorvidt et hensyn kan nås på mindre inngripende måter.¹⁵³ Det skyldes at vurderingen har et mer teknisk preg enn en vurdering av *beskyttelsesnivået* for medlemsstaten. Domstolen finner det derfor mindre problematisk å overprøve skjønnet.

For kontrollmekanismer må det vises at det ikke er noen andre måter å oppnå tilstrekkelig kontroll på. Domstolen aksepterer ikke forvaltningens arbeidsoppgaver som et relevant hensyn, følgelig må økt kontroll være nødvendig for å sikre formålet. Forsikringssaken mot Tyskland illustrerer vurderingen.¹⁵⁴ Det ble hevdet fra tysk side at en etablering i Tyskland var nødvendig for å drive markedsføring av forsikringstjenester i landet. Ellers ville ikke tyske myndigheter kunne kontrollere om selskaper tilfredsstilte tysk lov. Domstolen avviste denne anførselen, og fastslo at kontroll i stedet måtte kunne føres på grunnlag av dokumenter sendt fra selskapet. Videre kunne sikring av kontroll gjøres til en betingelse for konsesjon. Dette ville etter domstolen syn være mindre inngripende enn et krav om etablering av virksomheten i Tyskland.¹⁵⁵

Forholdet mellom medlemsstaters anledning til å innføre kontrollmekanismer og proporsjonalitetsvurderinger har også blitt vurdert i andre saker.

Et eksempel er saken *Kommisjonen mot Belgia*.¹⁵⁶ I Belgia var det særskilt krav om registrering for virksomheter som drev bygningsarbeid. Virksomheter som ikke var registrert var ikke avskåret fra å drive virksomhet, men kontraktsparter for disse

¹⁵² Dette var bl.a. tilfelle i *Gebhard C-55/94*, premiss 37.

¹⁵³ Det følger av prøvelsen i *Wolff & Müller, C-60/03*.

¹⁵⁴ *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, C-205/84*.

¹⁵⁵ Se dommens premiss 55.

¹⁵⁶ *Kommisjonen mot Belgia, C-433/04*.

virksomhetene var solidarisk ansvarlig for skattegjelden til virksomheten. Dette gjaldt ikke bare skattegjeld pådratt som en del av kontraktsgjennomføringen, men også tidligere skattegjeld. I tillegg var byggherrer eller entreprenører som benyttet kontraktspartnere som ikke var registrert i Belgia forpliktet til å tilbakeholde 15 prosent av fakturabeløpet og betale det inn til skattemyndighetene. Ordningen utløste med andre ord særskilte forpliktelser ved mangel på registrering. EF-domstolen fastslo at dette var en regulering som gikk utover det som var nødvendig for å bekjempe skatteunndragelser. Regelsettet kunne således ikke opprettholdes.

Et annet eksempel som også knytter seg til problematikken ”sosial dumping”, er saken *De forente saker Arblade*¹⁵⁷. I saken oppstod spørsmålet om Belgia hadde anledning til å pålegge utenlandske aktører å oppbevare dokumenter i Belgia, bl.a. for å beskytte arbeidstakere. Til dette sa domstolen:

“Monitoring of compliance with rules concerning the social protection of workers in the construction industry can be achieved by less restrictive measures. As the Advocate General observes in point 88 of his Opinion, where an employer established in another Member State ceases to employ workers in Belgium, the originals or copies of the social documents may be sent to the national authorities, who may check them and, if necessary, retain them.”¹⁵⁸

Domstolen foretok en forholdsvis konkret vurdering og fastslo at formålet også kunne nås ved en informasjonsutveksling mellom medlemsstatene. Dette gjaldt særlig fordi medlemsstatene allerede ved artikkel 4 i utstasjoneringsdirektivet også var pålagt å ha et fungerende samarbeidsregime seg imellom.¹⁵⁹ En ordning der arbeidsgivere måtte oppbevare dokumenter i Belgia, virket dermed overflødig og utgjorde dermed et uproporsjonalt virkemiddel.

¹⁵⁷ *De forente saker Arblade*, C-369/96 og C-376/96.

¹⁵⁸ Premiss 78.

¹⁵⁹ Premiss 79.

Medlemsstaters krav om oppbevaring av dokumenter på stedet der ytelsen ble presteret, ble ytterligere forfulgt av kommisjonen i *Kommisjonen mot Tyskland*.¹⁶⁰ Spørsmålet for domstolen var om tyske regler som krevde at visse deler av arbeidsavtalen ble oppbevart på byggeplassen og oversatt til tysk, var i strid med tjenestereglene. Kommisjonen viste bl.a. til *De forente saker Arblade*, og mente de tyske reglene om oppbevaring og oversettelse måtte være uproporsjonalt og dermed EU-stridig.¹⁶¹ Domstolen avviste dette argumentet. Tvert imot fastslo domstolen at en oppbevaring og oversettelse av dokumenter var en nødvendighet for inspektørers kontroll av arbeidsgiveres etterlevelse av lovregulerte minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår. Det dreide seg om en oversettelse av fire dokumenter, slik at belastningen for virksomheten etter domstolens syn ikke var spesielt stor.¹⁶² Domstolen anså derfor ordningen for å være proporsjonal.

Sakene viser at domstolen foretar en forholdsvis konkret vurdering av om kontrollordninger kan opprettholdes. Den vurderingen foretas ofte under proporsjonalitetsvurderingen ved at domstolen, basert på en konkret vurdering, drøfter om ordningen er nødvendig. Dette synes å utelukke at kontrollordninger etter sin art vil være utelukket.

Særskilt om dupliseringsforbudet

Forholdsmessighetsvurderingen inneholder også et dupliseringsforbud. I dette ligger et krav om at det legitime hensynet ikke allerede må være ivarettatt ved en tilsvarende ordninger i et annet land. Dersom det for eksempel allerede foreligger et adekvat vern i hjemstaten, vil en tilsvarende regulering i vertstaten utgjøre et unødvendig tillegg. Det kan derfor ikke regnes som et proporsjonalt inngrep for å sikre det forintatte hensynet. Dette var

¹⁶⁰ Kommisjonen mot Tyskland C-490/04. For en mer inngående behandling av forholdet mellom *De forente saker Arblade* og *Kommisjonen mot Tyskland*, se Stein Evju: Tillåtet kräva handlingar på värdlandets språk av företag som utstationerar arbetstagare, *EU & arbetsrätt* nr. 3/2007.

¹⁶¹ Premiss 58.

¹⁶² Arbeidskontrakter, lønnslipper, timelister og bevis for utbetaling av lønn, se dommens premiss 76.

bl.a. tilfellet i *Webb*.¹⁶³ Et engelsk vikarbyrå var etablert i England og drev virksomhet i Nederland. Selskapet var forpliktet etter nederlandsk rett til å inneha en lisens for å drive vikarbyråvirksomhet. Dette gjaldt til tross for at det allerede forelå et tilsvarende krav etter engelsk rett. Domstolen fastslo at medlemsstater kunne regulere arbeidskraft ved et lisensregime. Men at dette forutsatte at det ikke allerede forelå et tilsvarende vern i hjemsstaten. Når det var tilfelle, innebar ordningen i praksis en dobbeltbelastning.

Det samme var tilfelle i *De forente saker Arblade*.¹⁶⁴ Kravet om å oppbevare personalregister og et personlig regnskap for hver utstasjonert arbeidstaker i vertsstaten innebar i praksis en form for dobbelt bokholderi, ettersom Arblade og Leloup var underlagt sammenlignbare forpliktelser i hjemsstaten.¹⁶⁵

En må dermed se hen til hvilke ordninger som oppstilles i hjemlandet. For utstasjonering av arbeidstakere har dette en side til utstasjoneringsdirektivets artikkel 4. Bestemmelsen pålegger en koordinering mellom avsenderland og vertsstat.

Et grunnleggende spørsmål når man skal vurdere alternative ordninger, er hva som kan sammenlignes. En kan tenke seg ulike alternativer. En kan se på totalen ved å sammenligne de totale tilsynsmekanismer som fungerer i hjemlandet. Alternativt kan en sammenligne enkelttiltak opp mot hverandre. Antagelig skal samtlige ordninger i hjemstat og vertstat sammenlignes, slik at det er de summen av de totale mekanismer som sammenlignes. Dette fordi vurderingen knytter seg til hvilket reelt vern/fordel reguleringen innebærer. Da må en se hen til det totale bildet, ikke enkelte komponenter.

En ordning som har en tilsvarende ordning i et annet land, vil m.a.o. aldri utgjøre noen nødvendighet. Konsekvensen er at det ikke kan opprettholdes dersom det virker restriktivt på tjenestefriheten. Det inkluderer også kontrollmekanismer, herunder regler om innsyn for tillitsvalgte.

¹⁶³ *Webb*, C-205/84.

¹⁶⁴ *De forente saker Arblade*, C-369/96

¹⁶⁵ Dommens premiss 56.

3.3 Grenser for tillitsvalgtes innsynsrett under utstasjoneringsdirektivet

Utsstasjoneringsdirektivet legger til grunn at det er et offentlig ansvar å utforme og implementere ordninger som sikrer at direktivets bestemmelser om arbeidstakeres ansettelses- og arbeidsvilkår overholdes. Derfor pålegger direktiver at offentlige myndigheter i medlemsstatene skal samarbeide, både med hverandre og med EU-kommisjonen, jf direktivets artikkel 4 (2).¹⁶⁶

3.3.1 Nærmere om utstasjoneringsdirektivets artikkel 5

Dette utelukker ikke at parter i arbeidslivet får retter og tillegges plikter som innebærer at slike parter også får kontrollfunksjoner. Forutsetningen er at denne type tiltak ikke går utover de rammer utstasjoneringsdirektivets artikkel 5 oppstiller. Artikkel 5 lyder, som før nevnt, slik:

”Member States shall take appropriate measures in the event of failure to comply with this Directive. They shall in particular ensure that adequate procedures are available to worker and/or their representatives for the enforcement of obligations under this Directive.”

Ifølge ordlyden skal medlemsstatene iverksette passende (”appropriate”) tiltak eller ordninger dersom direktivet ikke etterleves. Videre skal det spesielt sørges for at arbeidstakere og/eller deres representanter har tilgang til egnede prosedyrer for å sikre at forpliktelsene i direktivet blir gjennomført.¹⁶⁷ Lovteknisk er artikkelen utformet slik at

¹⁶⁶ Se bl.a. Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Mette Ødegård: *Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping*, FAFO-notat 2008:05, s. 37.

¹⁶⁷ I dansk versjon formuleres artikkelen slik: ”Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger i tilfælde af manglende overholdelse af dette direktiv. /De sørger især for, at arbejdstagerne og/eller deres repræsentanter råder over egnede procedurer med henblik på gennemførelse af forpligtelserne i dette direktiv.” *Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser*

første punkt angir rammen for forpliktelsen etter artikkel 5 ("take appropriate measures"), mens andre punkt spesifiserer en del av det forpliktelsen innebærer ("they shall in particular ...").

Jeg behandler først kravet om "appropriate measures". Derneft vil jeg redegjøre for kravet om "adequate procedures".

Uttrykket "appropriate measures" åpner et relativt bredt rom for tolkning, noe som også viser seg i ordvalgene i ulike versjoner av direktivet. Det må utøves skjønn, og medlemsstatene får en viss frihet og et handlingsrom i forhold til hvordan de vil oppfylle forpliktelsen etter bestemmelsen.¹⁶⁸ Dette synes å være tilsiktet. I en evalueringsrapport av utstasjoneringsdirektivet konstateres og aksepteres det at medlemsstater har ulike typer tiltak og ordninger for å sikre at utstasjoneringsdirektivet etterleves. Rapporten legger til grunn at medlemsstater kan forsikre seg om at brudd på utstasjoneringsdirektivet, ikke finner sted, og at den vanlige formen for ordninger er inspeksjoner på arbeidsplasser. Som redegjort for under punkt 2.1.1 og 2.2.1 anser den norske regjering både ordningen med påseplikt og solidaransvar for hovedleverandører (allmenngjøringsloven § 13) og regler om tillitsvalgtes innsynsrett (§ 11 femte ledd) som tiltak for å oppfylle utstasjoneringsdirektivets artikkel 5.

At det gis rom for skjønn i relasjon til artikkel 5, underbygges av uttalelsen i dommen Wolff & Müller.¹⁶⁹ Her sies følgende i relasjon til artikkel 5:

"It is apparent from the wording of Article 5 of Directive 96/71 that the Member States have a *wide margin of appreciation* in determining the form and detailed rules governing the adequate procedures under the second paragraph of Article 5."¹⁷⁰ (Min kursivering)

Domstolen fastslår, på bakgrunn av ordlyden i artikkel 5, at medlemsstatene har skjønnsmargin ("*wide margin of appreciation*") med henblikk på fastsettelsen av form og regler for adekvate prosedyrer, altså annet punkt i artikkel 5. Uttalelsen, slik jeg ser det,

¹⁶⁸ Til dette, se avhandlingens punkt 3.3.4.2. og under punktet forholdsmessighetsvurderingens prinsipielle side.

¹⁶⁹ Wolff & Müller, C-60/03.

¹⁷⁰ Premiss 30.

gjelder tilsvarende for første ledd. For det første henviser domstolen til ordlyden i hele artikkel 5, jf ”it’s appararent from the wording of article 5”. Videre er andre del av artikkel 5 en spesifikasjon av forpliktelsen i første del, jf ”in particular”. Det kan vanskelig argumenteres for at medlemsstater gis en viss frihet i en spesifikasjon av forpliktelsen, uten at det gis en tilsvarende frihet i den overordnede bestemmelsen av forpliktelsen i artikkel 5s første ledd.

Men ”appropriate measures” angir ikke bare en viss handlingsfrihet; det oppstilles også grenser for hvilke tiltak/ordninger som kan anses som hensiktsmessige. Tiltakene skal ikke bare være tilstrekkelige, men også passende. I dette ligger et krav om at ordningene ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle medlemsstatenes forpliktelser etter direktivet. Dette angår flere forhold.

For det første kan behovet for nasjonale ordninger sees i sammenheng med utstasjoneringsdirektivets krav om informasjonssamarbeid mellom medlemsstatene. Jf. artikkel 4.2.:

Member States shall make provision for cooperation between the public authorities which, in accordance with national legislation, are responsible for monitoring the terms and conditions of employment referred to in Article 3. Such cooperation shall in particular consist in replying to reasoned requests from those authorities for information on the transnational hiring-out of workers, including manifest abuses or possible cases of unlawful transnational activities.

The Commission and the public authorities referred to in the first subparagraph shall cooperate closely in order to examine any difficulties which might arise in the application of Article 3 (10).

Enkelte nasjonale ordninger for å innhente informasjon om utstasjonerte arbeidstakeres arbeidsvilkår- og ansettelsesvilkår kan da betraktes som et alternativ til å innhente informasjon fra andre land gjennom samarbeid.¹⁷¹ Nå er det imidlertid slik at det er begrenset koordinering mellom medlemsstater, og at samarbeidstiltak ikke alltid er like

¹⁷¹ Se bl.a. *De Forente Saker Arblade*, C-369/96, premiss 79.

effektive.¹⁷² Spørsmålet blir da om dette har betydning for tolkningen av ”appropriate measures” i artikkel 5.

Dessuten kan samarbeid både innebære at offentlig myndighet i en medlemsstat innhenter informasjon, og at det skal og kan stilles informasjon til rådighet for andre lands myndigheter og for EU-kommisjonen. Og overordnet er ordninger bare ”appropriate” hvis de er egnet til å sikre at utstasjoneringsdirektivet overholdes, og hvis de ikke motvirker andre forpliktelser medlemsstatene har i forhold til det indre marked i EU/EØS.

Dermed blir den såkalte proporsjonalitetsvurderingen etter de traktatfestede tjenestereglene vesentlig. For det følger av krav om proporsjonalitet at tiltak ikke skal begrense tjenestefriheten mer enn nødvendig for å ivareta såkalte legitime hensyn.¹⁷³ Av dette følger at tiltakene må være proporsjonale /forholdsmessige. Det virker da som om artikkel 5 henviser til forholdsmessighetsvurderingen etter de traktatfestede tjenestereglene når det skal tolkes hva som er rammen for forståelsen av ”appropriate measures”.¹⁷⁴

En slik slutning virker rimelig fordi direktivet, artikkel 5 inkludert, må fungere innen de rammer traktatretten (herunder proporsjonalitetsvurderingen) oppstiller. En må da se på rammene for direktivet når det skal vurderes hvor langt medlemsstater kan gå ved fastsettelsen av passende ordninger og adekvate/egnete prosedyrer.

Utstasjoneringsdirektivet ikke kan gå utover de rammer de traktatfestede tjenestereglene oppstiller, er lagt til grunn av kommisjonen. Kommisjonen uttaler bl.a. følgende i relasjon til artikkel 5:

”However, the Commission would like to point out that, when performing inspections as part of the implementation of the Directive, Member States must abide by Article 49 EC and refrain from creating or upholding unjustified and disproportionate restrictions to the free provision of services within the Community.”¹⁷⁵

¹⁷² COM (2007) 304 final.

¹⁷³ Se bl.a. *Kommisjonen mot Tyskland*, C-341/02, premiss 24.

¹⁷⁴ Se Philippa Watson: *EU Social and Employment Law, Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009 s. 346.

¹⁷⁵ COM (2006) 159 final, s. 3.

Dette spesifiserer kommisjonen ytterligere. Den fremholder at bestemte ordninger innført i enkelte medlemsstater ”urgently requires clarification.”¹⁷⁶ Dette gjaldt:

- kravet om at tjenesteytere innrapporterte til vertsstatens myndigheter.
- Kravet om at tjenesteyteren hadde en fast representant tilgjengelig på territoriet til vertsstaten.
- Kravet om autorisasjon eller at tjenesteyteren måtte avgi en erklæring forut for tjenesteyting i vertsstaten.
- Kravet om at dokumenter måtte befinne seg på stedet der tjenesteytelsen ble prestert.¹⁷⁷

Innskrenkning i adgangen til å innføre kontrollordninger er også lagt til grunn av domstolen i saken *Wolff & Müller*. Det handlingsrommet som ligger i ”the margin of appreciation”, er begrenset av hensynet til de fundamentale friheter:

“In applying that wide margin of appreciation they must however at all times observe the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty (Case C-390/99 *Grand Satélite Digital* [2002] ECR I-607, paragraphs 27 and 28 and Case C-71/02 *Karner* [2004] ECR I-0000, paragraphs 33 and 34) and, thus, in regard to the main proceedings, freedom to provide services.”¹⁷⁸

Ytterligere belegg ligger i at domstolen i saken viser til primærretten for å avgjøre om tyske regler om solidaransvar er i overensstemmelse med artikkel 5.¹⁷⁹ Mer generelt har domstolen også trukket inn traktatretten for å vurdere andre spørsmål som sorterer under utstasjoneringdirektivet; dette gjaldt bl.a. spørsmål som angår artikkel 3. Det var blant

¹⁷⁶ COM (2006) 159 final s. 4. Se også Catherine Barnard: *EC Employment Law, Third Edition*, Oxford University Press, 2006, s. 291.

¹⁷⁷ Denne uttalelsen må ses på bakgrunn i domstolens avgjørelse i *De forente saker Arblade C-369/96*. Domstolen har imidlertid gått tilbake på dette punktet, se særlig *Kommisjonen mot Tyskland C-490/04*. Om dommene, se nærmere avhandlingens punkt 3.2.4.2.

¹⁷⁸ Premiss 30

¹⁷⁹ Se *Wolff & Müller*, premiss 31 flg. samt premiss 45. I sistnevnte premiss uttaler domstolen også eksplisitt at den har tolket artikkel 5 i lys av traktatens artikkel 49.

annet tilfelle i *Laval*. I saken fant domstolen det nødvendig å vurdere retten til kollektive aksjoner, ikke bare ved utstasjoneringsdirektivet, men også i lys av de traktatfestede tjenesteregler.¹⁸⁰ Konklusjonen så langt er at medlemsstater kan gis en viss skjønnsmargin mht hvilke ordninger som er egnet til å oppfylle medlemsstatens forpliktelser etter utstasjoneringsdirektivet, forutsatt at disse ikke er i strid med de traktatfestede tjenestereglene. Og det som gjelder for direktivet, gjelder også for artikkel 5.

Dette knytter seg igjen til et grunnleggende utgangspunkt: Kommisjonen er også bundet av traktatretten, og kan dermed heller ikke begå traktatbrudd, bl.a. ved å direktiver som går utover det som følger av traktaten.

For å vurdere hvilke ordninger som kvalifiserer som en oppfyllelse av artikkel 5, må en altså se på de traktatfestede tjenestereglene. Før dette behandles, vil jeg tilføye noen bemerkninger til artikkel 5, annet punkt.

I likhet med ”appropriate measures” må ”adequate procedures” tolkes i lys av de traktatfestede tjenestereglene. Artikkel 5 gir ikke unntak fra de traktatfestede reglene om de fire friheter. Dette må følge av *Wolff & Müller*.

Annet punkt innebærer en presisering av forpliktelsen etter første ledd. Medlemsstater skal spesielt gjøre adekvate prosedyrer tilgjengelige for arbeidstakere og/eller deres representanter slik at direktivet kan effektueres. I dette ligger at prosedyrene skal gi arbeidstakere og/eller deres representanter en reell mulighet til å håndheve egne rettigheter. Det må foreligge tilfredsstillende kanaler slik at arbeidstakere og eller deres representanter kan forfølge arbeidstakerens rettigheter. Dommen *Wolff & Müller* er illustrerende for vurderingen. Domstolen fant at regler om solidaransvar for oppdragsgivere ikke var i strid med artikkel 5 eller de traktatfestede tjenestereglene, ettersom arbeidstakeren, ved oppdragsgivers solidaransvar for underleverandørers lønnsutbetalinger, kunne holde seg til *to* arbeidsgivere. Det ble m.a.o. åpnet en ny kanal, den enkelte arbeidstaker kunne også fremme krav overfor oppdragsgiver.

¹⁸⁰ Se *Laval* C-341/06 og argumentasjonsrekken i premissene 81 til 86, særskilt premiss 85.

Argumentasjonsrekken behandle av A.C.L. Davies: *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, Industrial Law Journal, Vol. 37, No. 2, June 2008, side 126-148, nederst side 130 flg.

Kravet knytter seg til det som er sentralt formål ved utstasjoneringsdirektivet: å gi utstasjonerte arbeidstakere et reelt vern om egne rettigheter, se bl.a. direktivets fortale femte avsnitt. Dette var også en av grunnene til at regler om solidaransvar ble akseptert som en oppfyllelse av artikkel 5 i Wolff & Müller. Reglene gjorde at den enkelte arbeidstaker kunne gjøre rettigheter beskyttet etter artikkel 3 gjeldende ikke bare ovenfor en aktør, men flere.¹⁸¹

Et særskilt poeng ligger i at artikkelen bruker betegnelsen ”representatives”. Dette er et videre begrep enn det tradisjonelle tillitsvalgtbegrepet som gjør seg gjeldende i norsk rett, og som allmenngjøringsloven knytter seg opp mot, se avhandlingens punkt 4.2.1. ”Representanter” i forskriftens dreier seg antakelig om tillitsvalgt i betydningen representanter for samtlige ansatte. Det er en slik forståelse av begrepet som legges til grunn i andre EU-direktiver, for eksempel virksomhetsoverdragelsesdirektivet¹⁸² og masseoppsigelsesdirektivet,¹⁸³ og hensynet til rettshegemoni tilsier at forståelsen av begrepet etter utstasjoneringsdirektivet korresponderer med disse.

Dette er antakelig av mindre betydning. Av ordlyden i annet punkt fremgår det at det sentrale er at arbeidstakere *og/eller* deres representanter kan gjøre rettigheter gjeldende. Selv om begrepet representanter i direktivet har en videre rekkevidde enn tillitsvalgte etter allmenngjøringsloven, vil ordningen innebære en tilgjengeliggjøring av en kontrollordning for enkelte arbeidstakere. Det er en videre krets som utøver kontroll, deriblandt representanter for visse ansattegrupper – avtaletillitsvalgte i organisasjoner som er part i allmenngjorte tariffavtaler.

Spørsmålet om innsynsretten likevel oppfyller kravene etter direktivets artikkel 5 beror imidlertid på om den er et adekvat og egnede tiltak for formålet. Det er et spørsmål som må avgjøres basert på en tolkning av de traktatfestede tjenestereguleringene.

¹⁸¹ Se Wolff & Müller C-60/03, premiss 40.

¹⁸² Direktiv 2001/23/EF.

¹⁸³ Direktiv 98/59/EF.

4 Utformingen av reglene om innsynsrett

4.1 Innledende bemerkninger

Allmenngjøringsloven § 11 femte ledd jf første ledd og forskriften § 7 første ledd gir nærmere angitte tillitsvalgte en lovfestet rett til å kreve at egen arbeidsgiver skal ”dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift”. Bestemmelsene lyder:

Allmenngjøringslovens § 11 femte ledd.

”Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i virksomheter som utfører arbeid som er omfattet av vedtak om allmenngjøring. Innsyn kan kreves av tillitsvalgte som representerer den organisasjonen som er part i den allmenngjorte tariffavtalen.”

Forskriftens § 7 første ledd:

”Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer begjæring om det, skal hovedleverandør dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift.”

Ved ordningen etableres et ”tosporsystem”. Tillitsvalgte kan i likhet med Arbeidstilsynet føre kontroll av arbeidsgiveres overholdelse av allmenngjorte tariffavtaler, jf § allmenngjøringslovens § 11 femte ledd, jf første ledd. Til forskjell fra Arbeidstilsynet, har tillitsvalgte imidlertid ingen *plikt* til å føre tilsyn. Dette kan leses ut av ordlyden i allmenngjøringslovens § 11 femte ledd og forskriften § 7, men fremgår uansett også av høringsnotatet til forskriften.¹⁸⁴

Allmenngjøringsloven § 11 femte ledd slår fast at innsynsrett er lagt til ”oppdragsgivers tillitsvalgte”. Dette må tolkes innskrenkende. Innsynsretten er i hovedsak

¹⁸⁴ Høringsnotat fra Arbeids- og sosialdepartementet av 06.09.2007, punkt 1.1.

lagt til tillitsvalgte hos hovedleverandør, slik det fremgår av forskriftens § 7, se avhandlingens punkt 4.2.2. Ved dette fastslås *rettighetssubjektet*. Dette vil jeg behandle i avhandlingens punkt 4.2.

Videre utløser innsynsretten to plikter: Den arbeidsgiver innsyn gjøres gjeldende overfor, må frigjøre dokumentasjon av ansattes arbeids- og lønnsvilkår, ved dette utløser begjæring om innsyn en form for dokumentasjonsplikt. Jeg omtaler denne plikten som *opplysningsplikten*. I tillegg er innsynsretten utformet slik at begjæringer om innsyn overfor bestemte aktører – hovedleverandørs underleverandører – vil utløse en *medvirkningsplikt* fra hovedleverandørs side. Som det fremgår både av forskriften § 7 første ledd, skal hovedleverandør dokumentere at egne underleverandører overholder allmenngjorte tariffavtaler. Denne plikten har grenseflater til påseplikten, men er i prinsippet uavhengig. For ordens skyld har jeg valgt å omtale denne plikten som *medvirkningsplikten*.

I kapittel 4.4. redegjør jeg for hvem som pliktsubjekter ved utøvelse av innsynsrett. Dette refererer seg til den som pålegges en *medvirkningsplikt*, og den som pålegges en *opplysningsplikt*.

Ved en slik redegjørelse vil premissene legges for den EØS-rettslige drøftelsen i avhandlingens kapittel 5.

4.2 Rettighetssubjektet

Innsynsretten tilkommer de tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet ”som representerer den organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen.” Dette følger dersom du sammenholder forskriftens § 7 første ledd med forskriften § 3 siste ledd.

Forskriftens § 3 siste ledd angir hvem som regnes som tillitsvalgte etter forskriften. Bestemmelsen lyder:

”Tillitsvalgte: Tillitsvalgte som representerer den organisasjonen som er part i den allmenngjorte tariffavtalen.”

Forskriften legger til grunn et innskrenket tillitsvalgtbegrep. Det foreligger et ubetinget krav om en bestemt tilknytning til ”den organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen”. I tillegg forutsetter kompetansen til å utøve innsynsrett at den tillitsvalgte er i ”hovedleverandørs virksomhet”, jf forskriftens § 7 første ledd. Jeg behandler først hva som menes med tillitsvalgt etter forskriften. Derneft behandler jeg kompetansekravet om tilknytning til hovedleverandørs virksomhet for å begjære innsyn.

4.2.1 Begrepet ”tillitsvalgt” etter forskriften

Innsynsrett forbeholdes tillitsvalgte ”som representerer den organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen”, jf allmenngjøringslovens § 11 femte ledd jf forskriftens § 3 siste ledd. En innledende slutning er at den tillitsvalgte må være fagorganisert og ha myndighet til å opptre som representant for en organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen. Dette betyr at en begrenset krets tillitsvalgte kan få innsynsrett.

Et ubetinget krav om fagorganisering/organisasjonstilknytning leder tanken til begrepet ”organisasjonstillitsvalgte/avtaletillitsvalgte.” Dette er tillitsvalgte i betydningen representanter valgt av og blant organiserte arbeidstakere i en virksomhet. Slike tillitsvalgte opptre kun på vegne av bestemte organiserte arbeidstakere; de er valgt av denne ansattegruppen og i medhold av ansattegruppens tariffavtale.¹⁸⁵ Tillitsvalgte etter forskriften må m.a.o. være organisasjonstillitsvalgte, men ikke alle organisasjonstillitsvalgte vil ha innsynsrett.

Begrepet ”organisasjonstillitsvalgt” trekker en grense mot ”tillitsvalgte” etter bestemmelser om masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens § 15-2 (3) og § 16-5. Disse bestemmelsene ble innført som en del av implementeringen av EU-

¹⁸⁵ At tillitsvalgte kun representerer organiserte arbeidstakere fremgår også av bestemmelser på tariffnivå, se for eksempel av hovedavtalens § 6-1. Om temaet, se for øvrig Stein Evju: *Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1. 2005, s. 175-225.

direktiver om masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelse,¹⁸⁶ og knytter seg til en annen og utvidet betydning av begrepet ”tillitsvalgt”. Tillitsvalgte etter disse bestemmelsene vil være tillitsvalgte som representerer *samtlig*e ansatte i en virksomhet.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen regulering om hvem som kan regnes organisasjonstillitsvalgt.¹⁸⁷ Dette er også tilsiktet.¹⁸⁸ Valget av tillitsvalgte er en regulering med virkning mellom arbeidslivspartene, og det skal derfor tilkomme partene i arbeidslivet å bestemme utformingen av regelsettet. Følgen er at definisjonen av hvem som er organisasjonstillitsvalgt i ulike tilfeller, reguleres på tariffnivå.¹⁸⁹

For å fastslå hvem som er tillitsvalgt i henhold til forskriften, må en da se på den enkelte allmenngjorte tariffavtale. I prinsippet vil det da kunne variere hvem som regnes som tillitsvalgt. En kan se for seg at allmenngjorte tariffavtaler kan ha ulike regler om hvem som kan regnes som ”tillitsvalgt”. Utformingen av de tariffavtaler som faktisk er allmenngjort, legger imidlertid ikke opp til slik variasjon.

Per april 2010 er det kun tariffavtaler mellom LO og tilhørende forbund¹⁹⁰ og NHO som er allmenngjort. Det gjør at det er LO sine tariffavtaler som bestemmer hvem som kan regnes som tillitsvalgte. Videre betyr det at tillitsvalgtbegrepet reguleres av Hovedavtalens kapittel 5. Det må være denne som avgjør hvem som regnes som tillitsvalgt mht allmenngjøringsloven § 11 femte ledd og forskriften. Dette kan imidlertid endre seg, enten ved at valgreglene i kapittel 5 endres, eller ved at andre arbeidstakerorganisasjoner blir part når tariffavtaler allmenngjøres, for eksempel YS. I tillegg vil lovgiver alltid kunne endre definisjonen av tillitsvalgtbegrepet i en forskrift. I den forskriften vi her drøfter, er

¹⁸⁶ Henholdsvis 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatens lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter og Rådets direktiv 75/129/EØF af 17. februar 1975 om tilnærming af medlemsstatenes lovgivninger vedrørende kollektive avskjedigelser

¹⁸⁷ Stein Evju: *Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1. 2005, s.175-225, s. 218.

¹⁸⁸ NOU 2004:5, *Arbeidslivslovsutvalget*, punkt 6.6.3.

¹⁸⁹ Se Hovedavtalen LO/NHO (2008-2009) § 5-1 nest siste ledd og Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter/Akademikerene (2008-2011) § 45 syvende ledd.

¹⁹⁰ Gjennomgående Fellesforbundet.

tillitsvalgtbegrepet innskrenket, jf med det som er vanlig praksis etter arbeidsmiljøloven og hovedavtalen.

Når innsynsretten forbeholdes tillitsvalgte som representerer en organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen, innskrenkes tillitsvalgtbegrepet.

Spørsmålet om hvilke tillitsvalgte som har innsynsrett, henger sammen med hvilken organisasjon som er part i den allmenngjorte tariffavtalen.

I utgangspunktet må en da se hen til de tariffavtaler som er gjenstand for allmenngjøring. I de tariffavtaler som er allmenngjort, angis hovedorganisasjonen LO og et LO forbund (gjennomgående Fellesforbundet) som parter på arbeidstakersiden,¹⁹¹ altså både hovedorganisasjon og forbund.

Dette kompliseres av rettsområdet. Et tariffrettslig utgangspunkt er at det bare er den overordnede organisasjon som har søksmålskompetanse. Det er nemlig bare den overordnede organisasjon som har partsevne og dermed også har mulighet til å opptre som part overfor domstolene. Dette er fastlått i Arbeidstvistloven § 8 første ledd, og er også lagt til grunn i Arbeidsrettens praksis.¹⁹² Det følger også av arbeidsrettens praksis at det er hovedorganisasjon og ikke tilknyttede forbund som har juridisk herredømme over tariffavtalen.¹⁹³ Grunnen er at en vil ”sikre at det utelukkende er den «høyeste» organisasjon på hver av sidene i vedkommende tariffavtale som har søksmålsrett”, jf ARD 1970 side 32. Ved dette håpes det å oppnå en ensartet tolkning av tariffavtalen.

At hovedorganisasjon skal opptre som part utad, har også gitt utslag i allmenngjøringsprosessen. I de tariffavtalene som er begjært allmenngjort, er det LO alene og ikke underforbund alene eller i kombinasjon med LO, som har opptrådt som part. Dette fremgår av vedtakene om allmenngjøring fra Tariffnemnda. I Tariffnemndas vedtak om fastsettelse av forskrift om allmenngjøring av tariffavtalen i sak 04/2006 – for byggeplasser, inneholder for eksempel punkt 2 tittelen ”begjæring fra LO”. Videre fremgår av teksten at det er LO og ikke Fellesforbundet som fremmer det formelle krav om

¹⁹¹ Se for eksempel tittel i *Fellesoverenskomsten for Byggfag* (2006-2008) og bruket av betegnelsen ”og”.

¹⁹² Se for eksempel ARD 1998 s. 1 samt ARD 2001 s. 1.

¹⁹³ Det er bl.a. den overordnede organisasjon som har tolkningsmonopol over avtalen, jf ARD 2005 s. 55, premiss 76.

allmenngjøring.¹⁹⁴ Det fremstår således som om LO i relasjon til Tariffnemnda opptrer som part i den allmenngjorte tariffavtalen.

Samtidig utelukker ikke LOs opptreden som part at underliggende forbund også er part i det underliggende avtaleforholdet. Og det er det reelle partsforhold som må ligge til grunn for tillitsvalgtbegrepet, og det er således dette som må avklares. Arbeidstvistloven § 8 derimot knytter seg ikke til det reelle partsforholdet, men til hvem som har partsevne overfor Arbeidsretten. Bestemmelsen er utformet for å sikre en ensartet tolkning og for å redusere antall tvister. Da må antall parter som kan opptre overfor domstolen, reduseres. Bestemmelsen sier med andre ord ingenting om hvem er parter i det underliggende avtaleforholdet.

Da må en falle tilbake på tariffavtalene. Dette innebærer at partsbegrepet og dermed tillitsvalgtbegrepet kan være relativt ettersom statusen til forbund vil avhenge av hvilke organisasjoner den enkelte avtale anser som parter. Hvem som inngår i kretsen som kan uttøve innsynsrett, vil da være avhengig av avtalen.

Ut fra tariffavtalene som er gjenstand for allmenngjøring, virker det som *både* hovedorganisasjon og forbund regnes som parter. Som nevnt innledningsvis, sidestilles hovedorganisasjon og forbund i partsangivelsen i overskriften i alle de tariffavtaler som hittil er allmenngjort gjennom bruken av ordet ”og”. Dette gir en indikasjon på at både forbund og hovedorganisasjon reelt sett er parter.

Enkelte elementer i tariffavtalene synes også å forutsette at forbund er parter. For eksempel fastslår punkt 9.1 i bilag 4 i Fellesoverenskomsten for byggfag at ”partene kan si opp avtalen med ett – 1 – års skriftlig oppsigelse”.¹⁹⁵ Når dette refereres til i relasjon til varslingsregler i overenskomstens § 8-3 fjerde ledd brukes betegnelsen LO/Fellesforbundet.¹⁹⁶

¹⁹⁴”Tariffnemndas sak 4 for 2006 behandles etter krav fra Landsorganisasjonen i Norge (LO) datert 23. juni 2006 og gjelder delvis allmenngjøring av *Fellesoverenskomsten for byggfag 2006 – 2008 (FOB)* mellom LO og Fellesforbundet på den ene siden og NHO og Byggenæringens Landsforening (BNL) på den annen side.” (Min kursivering)

¹⁹⁵ *Fellesoverenskomsten for Byggfag 2006-2008 (FOB)*, 2006-2008.

¹⁹⁶ Ibid. s. 50.

I verkstedsoverenskomsten som er allmenngjort ved vedtak fra Tariffnemnda datert 6. oktober 2008, forekommer en lignende konstruksjon. Bilag 11 i avtalen fastslår at partene har kommet frem til en rammeavtale, se øverst i bilag 4. nedenfor i punkt 2. Når partene refereres til, brukes Fellesforbundet og Byggenæringens landsforening ved lokal når det dreier seg lokal enighet.¹⁹⁷ Det virker da som om bilaget spesifiseres partene som Fellesforbundet og Byggenæringens landsforening. Dette underbygges av at det er disse to organisasjoner som endelig skal godkjenne resultatet dersom det foreligger lokal enighet.

Til tross for at LO opptrer som part overfor Tariffnemnda, virker det da som tariffavtalen også operer med Fellesforbundet som part. Det kan da konkluderes at LO og underliggende forbund er part i de tariffavtaler som er blitt allmenngjort.

Dette synes også departementet å legge til grunn. I departementets svar til Høyres stortingsgruppe, uttaler departementet følgende:

” Det er *lokale* tillitsvalgte som representerer den organisasjonen som er part i den aktuelle allmenngjorte tariffavtalen, som skal ha innsynsrett. Som ett eksempel er Fellesoverenskomsten for byggfag, som er allmenngjort for byggeplasser i hele Norge, inngått mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Byggenæringens Landsforening på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet på den annen side, nevnt. Ettersom Fellesforbundet er part i avtalen er det lokale tillitsvalgte som er medlem av Fellesforbundet (og derigjennom også LO) som vil ha innsynsrett. Spørsmålet om hvem som skal utøve innsynsretten vil for øvrig også bli nærmere behandlet i forskriftsrunden.”¹⁹⁸

En konsekvens av kravet om organisasjonstilknytning og det forhold at tariffavtaler bare omfatter en hovedorganisasjon, er at innsynsretten bare reserveres for denne ene organisasjonen. Tillitsvalgte som representerer hovedorganisasjoner som inngår konkurrerende og delvis også likelydende tariffavtaler, har dermed ingen mulighet til å begjære innsyn. Hittil er da kun tillitsvalgte fra LO og det forbundet tilsluttet LO som også er part i den allmenngjorte tariffavtalen, som har innsynsrett. Dette er et ankepunkt mot

¹⁹⁷ *Verkstedsoverenskomsten* mellom NHO/Norsk industri og LO/Fellesforbundet (2008-2010).

¹⁹⁸ Innst.O.nr.92 /2006-2007) vedlegg 8. Brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet v/statsråden til arbeids- og sosialkomiteen, datert 24. mai 2007.

innsynsretten fra andre bl.a. YS, som tar opp problemstillingen i sin høringsuttalelse om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.¹⁹⁹

4.2.2 Den tillitsvalgte skal være tilknyttet hovedleverandør

Innsynsretten var opprinnelig tenkt lagt til oppdragsgivers tillitsvalgte. Det er også denne forståelsen som fremgår av allmenngjøringsloven § 11 femte ledd. Likevel må bestemmelsen tolkes innskrenkende. Det primære rettighetssubjekt er innsnevret ved forskriftens § 7 første ledd, som legger innsynsretten til tillitsvalgte hos hovedleverandør. Paragraf 7 første ledd lyder:

”Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer begjæring om det, skal hovedleverandør dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift.”

Denne innskrenkingen møtte motstand fra fagforeningshold. LO uttaler i høringsbrevet:

”Mens allmenngjøringsloven § 8 femte ledd setter rammen for innsynsretten til tillitsvalgte hos en oppdragsgiver, innsnevrer forskriftsutkastet innsynsretten til tillitsvalgte hos en hovedleverandør. LO kan ikke se at det er gode grunner for en slik innsnevring.”²⁰⁰

Hovedinnvendingen fra LO var at det i praksis ville være kontraktsformen som avgjorde om tillitsvalgte kunne begjære innsyn. En arbeidsgiver ville da lett kunne kontrahere seg bort fra en innsynsrett, bl.a. ved administrativ entreprise. Denne innsigelsen ble delvis hørt.²⁰¹ Departementet utvidet nemlig kretsen ved at tillitsvalgte hos nærmeste underleverandør ble gitt en ”subsidiær” innsynsrett. Forutsatt at det ikke var ”tillitsvalgte hos hovedleverandør,” kunne nemlig ”tillitsvalgte hos nærmest underleverandør” begjære innsyn, jf forskriftens annet ledd.

¹⁹⁹ Høringsbrev YS – *informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 6. desember 2007.

²⁰⁰ Høringsbrev LO – *forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 30. november 2007.

²⁰¹ Veiledningen til forskriften omtaler dette som ”administrative entreprise”, se veiledning forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

Kravet om at tillitsvalgte må være ”i hovedleverandørs virksomhet,” innebærer et krav om ansettelsesforhold. Dette peker igjen på at innsynsretten legges til lokale tillitsvalgte.²⁰² I praksis betyr det at organisasjonene sentralt ikke gis en innsynsrett.²⁰³ Grunnen er i følge forarbeidene todelt. Lokale tillitsvalgte vil gjerne ha kunnskap om forholdene på arbeidsplassen, noe som ofte vil være en forutsetning for å avdekke brudd på allmenngjorte tariffavtaler.²⁰⁴ Videre vil departementet, ut fra personverns- og konkurransehensyn, begrense antall tillitsvalgte som kan utøve innsynsrett. Et annet viktig hensyn er at en innsnevring av kretsen har betydning for totalbelastningen, noe som igjen har betydning for den EØS-rettslige vurderingen. Dette gjorde at det primære rettighetssubjektet er tillitsvalgte hos hovedleverandør.

4.3 Plikter utløst ved utøvelse innsynsrett

Innledningsvis, i avhandlingens kapittel 4.1 ble det nevnt at innsynsrett utløser to sett med plikter, en opplysningsplikt for de virksomheter som innsynsrett blir gjort gjeldende overfor, og en medvirkningsplikt for hovedleverandører dersom innsynsrett gjøres gjeldende overfor bestemte aktører (hovedleverandørs underleverandører).

I denne seksjonen vil jeg redegjøre for hva som ligger i disse pliktene. Spørsmålet er hvor langt pliktene strekker seg. En redegjørelse av omfanget av pliktene – altså belastningen – vil være en forutsetning for diskusjonen i avhandlingens kapittel 5 om forholdet mellom innsynsrett og EU-rettslige rammer.

²⁰² Innst.O.nr.92 (2006-2007) vedlegg 8 punkt. 4.

²⁰³ Hovedavtalen bruker ulike begreper på betegnelsen ”lokale tillitsvalgte.” Bedriftstillitsvalgte brukes ofte som betegnelse på begrepet. Innen visse bransjer (murer-, tømrer- og betongfag) brukes begrepet ”plasstillitsvalgte”. Se hovedavtalen § 5-1 fjerde ledd flg. Betegnelsen er imidlertid ikke det sentrale. Poenget er at innsynsretten legges til lokale tillitsvalgte, og at tillitsvalgte i organisasjonene således er avskåret fra å begjære innsyn.

²⁰⁴ Se Ot.prp.nr.56 (2006-2007) *Om lov om endringer av arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)*, s. 40.

4.3.1 Opplysningsplikten

Omfanget av opplysningsplikten knytter seg til hvilke tiltak pliktsubjektet (virksomheten som innsyn begjæres overfor) må gjennomføre for å kunne etterkomme tillitsvalgtes begjæring. Dette beror på flere forhold. For det første er det et spørsmål om hva tillitsvalgte faktisk kan begjære innsyn i. Derneft beror det på hvilke krav som stilles til selve utleveringsprosessen. Jeg behandler først den materielle siden, nemlig hva det kan begjæres innsyn i. Derneft behandles det prosessuelle aspektet ved opplysningsplikten.

Opplysningspliktens materielle side – gjenstand for dokumentasjon

Opplysningsplikten fastslås ved allmenngjøringsloven § 11 femte ledd samt forskriften § 7 første ledd. Bestemmelsene lyder som følgende:

§ 11 femte ledd:

”Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i virksomheter som utfører arbeid som er omfattet av vedtak om allmenngjøring”.

§ 7 første ledd:

”Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer begjæring om det, skal hovedleverandør dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift.”

Som det fremgår av bestemmelsene, skal enhver som er pålagt tilsyn fremlegge dokumentasjon av ansattes ”lønns- og arbeidsvilkår.” Hva virksomheten trenger å opplyse om, knytter seg til en forståelse av det begrepet.

I arbeidsrettslig terminologi har forståelsen ”lønns- og arbeidsvilkår” en tilknytning til tariffbegrepet.²⁰⁵ Det er imidlertid en annen forståelse av begrepet enn den som ligger til grunn her. Innsynsretten er en kontrollmekanisme for å sikre at regler mht ”lønns- og

²⁰⁵ Se arbeidstvistloven § 1-8.

arbeidsvilkår”, som er fastsatt i allmenngjorte tariffavtaler, etterleves. Begrepet ”lønns- og arbeidsvilkår” etter allmenngjøringsloven § 11 femte ledd og forskriften om innsynsrett må derfor ha en referanse til allmenngjøringsforskriftene, altså det materielle regelsettet. Det ville være merkelig om lovgiver la til grunn en annen forståelse av ”lønns- og arbeidsvilkår” i relasjon til regler om innsyn, enn den oppstillingen av minstekrav som er fastlagt i allmenngjøringsforskriftene.

En innsynsrett også i andre forhold enn de som var gjenstand for regulering ved allmenngjøringsforskrifter, ville i prinsippet ikke tjene til å kontrollere etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter. Når det i forskriftens § 10 fastslås at opplysninger fremkommet ved bruk av innsynsrett bare kan ”benyttes til å undersøke om lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter”, markeres det en grense for hva som anses relevante opplysninger. Dessuten ville en utvidet forståelse av ”lønns- og arbeidsvilkår” i forskriften være EØS-rettslig problematisk.

Resultat må være at forståelsen av ”lønns- og arbeidsvilkår” korresponderer med den oppstilling som fremgår av de ulike allmenngjøringsforskrifter. Det er en viss variasjon i hva som inngår i ”lønns- og arbeidsvilkår” i de ulike allmenngjorte tariffavtalene.²⁰⁶ Bl.a. er det kun enkelte allmenngjorte tariffavtaler som stiller krav til arbeidstøy, arbeidstid, bevegelige helligdager og avtalte ordninger vedrørende kost og losji. Det er altså en viss variasjon når det gjelder hva tillitsvalgte kan begjære innsyn i.

Dokumentasjon om lønns- og arbeidsvilkår

Et annet spørsmål i forbindelse med opplysningsplikten, er hva som kreves for at ”lønns- og arbeidsvilkår” kan anses fremlagt og dokumentert. Forskriftens § 9 første ledd gir føringer:

²⁰⁶ i samtlige tariffavtaler er det bestemmelser om lønn, overtid, utgifter til reise, kost og losji samt innkvartering. Dette inkluderer Tariffavtale for grønn sektor der det kun foreligger et ukast.

”Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår skal dokumenteres ved kopi av arbeidsavtale, lønnsslipp og timelister. Personopplysninger og opplysninger som ikke er omfattet av begjæringen om innsyn, skal ikke fremgå av den fremlagte dokumentasjonen.”

Det er ikke presisert i forskriften hva lovgiver mener med ”arbeidsavtale”. Dette kan bety en skriftlig arbeidsavtale slik begrepet brukes i arbeidsmiljøloven § 14-6 og direktiv 91/533/EØF.²⁰⁷ Men det kan også dreie seg om en arbeidsavtale som er inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, uten at avtalen følger norske formkrav. Partene står i prinsippet fritt i å inngå avtaler, og avtaler kan følge maler oppstilt i andre lands lov- og regelverk. Men kravet om ”kopi” angir at det *skal* finnes skriftlige arbeidsavtaler, og kravet om at disse skal gjøres tilgjengelige som ledd i en kontrollordning, kan innebære at endringer i avtalen som angår lønns- og arbeidsvilkår, skal skriftfestes.²⁰⁸

Kravet til arbeidsavtale fremgår også indirekte av en endring av veiledning til forskriftens § 9, fra høringsutkast til endelig versjon. I høringsutkastet åpnes det for annen dokumentasjon enn arbeidsavtale:

Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår skal dokumenteres ved kopi av arbeidsavtale, lønnsslipp og timelister *eller ved annen dokumentasjon som på egnet måte kan vise at lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter.*²⁰⁹ (Min kursivering)

Men dette strykes i den endelige versjonen. Dermed innstrammes kravet om dokumentasjon til å omfatte ”arbeidsavtale, lønnsslipp og timelister.” Det må da antas at arbeidsavtalen spesifiserer hvilke vilkår som gjelder for de lønns- og arbeidsvilkår som den allmenngjorte tariffavtaler oppstiller normer for. Dette er en forutsetning for at dokumentasjonen som fremlegges, kan brukes for å verifisere at avtalen etterleves, jf forskriftens § 1.

²⁰⁷ Rådsdirektivet 91/533/EØF af 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til at underrette arbeidstageren om vilkårene for arbeidskontrakten eller ansettelsesforholdet.

²⁰⁸ EØS-rettslige problemstilling som følge av krav om skriftlig arbeidsavtale forfølges i neste kapittel.

²⁰⁹ Høringsnotat – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, punkt 2.1.

Et par bemerkninger om forhold knyttet til innkvartering og kost, kan her være på sin plass. Det har vært et ankepunkt mot utstasjonerte arbeideres arbeidsvilkår at arbeidsgiver kan påføre dem urimelig høye utgifter til kost- og innkvartering, og at dette reduserer den reelle lønn. I flere allmenngjorte tariffavtaler inngår reguleringer om kost og innkvartering. Dette kan knyttes til arbeidsmiljøloven, som i *Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge*, § 7: ”For innkvartering gjelder arbeidsmiljølovens § 4-4 fjerde ledd og bestemmelser gitt i medhold av lovens § 4-4 femte ledd.” I dette tilfelle må en anta at den arbeidsavtale som skal fremlegges, forholder seg til ”lovens § 4-4 femte ledd”. Går en til *Forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen*, § 12, presiseres krav til innkvartering i selve avtaleteksten: ”Innkvartering som stilles til rådighet for arbeidstaker skal være forsvarlig utført, innredet og vedlikeholdt og i samsvar med vanlig god standard.”

Begrepet ”arbeidsavtale” må tolkes relativt bredt. Den må gi tilstrekkelig dokumentasjon for at alle krav i allmenngjorte tariffavtaler etterleves.

I *De forente saker Arblade*²¹⁰ la EF-domstolen til grunn at det å kreve oversettelse av arbeidskontrakter var et uproporsjonalt tiltak og derfor i strid med reglene om fri bevelighet av tjenester. Dette synet ble nyansert noe i *Kommisjonen mot Tyskland*.²¹¹ I denne saken ble det lagt til grunn at oversettelse av arbeidskontrakter med bilag til tysk, i det konkrete tilfelle representerte en restriksjon i tjenestefriheten. Likevel måtte tiltaket kunne opprettholdes ettersom det var en nødvendighet for at inspektører skulle kunne føre kontroll. Til dette kom at det bare dreide seg om fire dokumenter,²¹² slik at belastningen ikke var stor.²¹³ Stein Evju drøfter disse sakene i artikkelen *Tillåtet kräve handlingar på värdlande språk av företag som utstationerar arbedstagare*.²¹⁴

Forskriften angir ingen tidsfrist for når en virksomheten må fremlegge etterspurt dokumentasjon. Dette beror på hva den tillitsvalgte og hovedleverandør har avtalt. Partene

²¹⁰ *De forente saker Arblade* C-369/96 og C-376/96.

²¹¹ *Kommisjonen mot Tyskland*, C-490/04

²¹² Arbeidskontrakter, lønnslipper, timelister og bevis for utbetaling av lønn, se dommens premiss 76.

²¹³ Se dommens premiss 73 flg.

²¹⁴ *EU & arbetsrätt* nr. 3/2007.

kan likevel ikke avtale en kortere frist enn tre dager, jf forskriftens § 8 annet ledd siste punkt. En rimelig rask utlevering kan forutsette velvillighet fra virksomhetens side. Dersom den tillitsvalgte og hovedleverandør ikke kommer til enighet om noen frist, kan den tillitsvalgte ifølge veiledningen til forskriften kreve opplysningene direkte fra underleverandør.²¹⁵ Det samme gjelder dersom hovedleverandør ikke skulle være i stand til å fremskaffe dokumentasjon innen avtalt frist, jf forskriftens § 9 annet ledd.

Forskriften tillatter ikke at tillitsvalgte bruker sanksjonsmidler dersom hovedleverandør eller underleverandør ikke skulle etterkomme kravet. Samtidig vil en manglende etterlevelse av en begjæring fra den tillitsvalgte kunne medføre at denne innrapporterer forholdet til Arbeidstilsynet, som jo har fått kompetanse til å ilegge sanksjoner dersom virksomheten ikke oppfyller sine plikter, jf allmenngjøringsloven § 11 annet og tredje ledd.

4.3.2 Medvirkningsplikten

Dersom innsynsretten gjøres gjeldende overfor en virksomhet som etter forskriften kan klassifiseres som underleverandør for hovedleverandør, forutsettes det at hovedleverandør medvirker ved å innhente dokumentasjon. Dette følger av forskriftens § 7 første ledd.

”Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer begjæring om det, skal hovedleverandør dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift.”

Høringsnotatet spesifiserer:

”Forslaget i § 7 innebærer at hovedleverandør får plikt til å samle inn opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår fra underleverandører og videreformidle disse til tillitsvalgte i virksomheten, dersom de tillitsvalgte krever dette.”²¹⁶

²¹⁵ Se departementets veiledning til forskriften om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, merknader til § 8 annet ledd.

²¹⁶ Høringsnotat – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, punkt 2.4.

Bestemmelsen inkluderer hovedleverandør i kontrollprosessen og pålegger dem en plikt.

I bestemte tilfeller vil også hovedleverandørs underleverandører pålegges en medvirkningsplikt. Betingelsen for dette er at det ikke er tillitsvalgte i forskriftens forstand hos hovedleverandør. I så fall kan tillitsvalgte hos hovedleverandørs ”nærmeste underleverandør” gjøre innsynsrett gjeldende, og egen arbeidsgiver – altså vedkommende underleverandør – forutsettes å medvirke. Som det fremgår av veiledningen til forskriften, flyttes innsynsretten da et ledd lenger ned i kontraktskjeden.²¹⁷

Konsekvensen av at hovedleverandør ikke etterkommer begjæring fra den tillitsvalgte innen rimelig tid eller unnlater å framlegge tilstrekkelig dokumentasjon, kan synes å være begrenset. Men skjer dette, er tillitsvalgte gitt en rett til å begjære innsyn direkte overfor vedkommendes underleverandør.²¹⁸

Ved innføring av ordningen med solidaransvar er imidlertid kravene til hovedleverandør skjerpet, dvs. at det jeg har kalt hovedleverandør medvirkningsplikt er styrket. Men forholdet kompliseres av hvordan hovedleverandørs adgang til å stille krav til underleverandør er regulert. Dette knytter seg til hva som er grunnlaget for kontroll og hvordan denne må hjemles.

Ordningen med solidaransvar

Regler om solidaransvar gjør at ”leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter og opptjente feriepenger”, jf allmenngjøringsloven § 13 første ledd. Bestemmelsen utløser kjedeansvar der samtlige leverandører fra hovedleverandør og nedover er solidarisk ansvarlig for at underleverandører nedover i kjeden utbetaler lønn og overtidsbetaling i overensstemmelse

²¹⁷ Se departementets veiledning til forskriften om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, merknader til § 7 annet ledd.

²¹⁸ Et lite forbehold må imidlertid tas. Manglende villighet fra hovedleverandørs til å medvirke side kan være en indikasjon på at hovedleverandør ikke overholder påseplikten. Den tillitsvalgte kan da for eksempel sende ”bekymringsmeldinger” til Arbeidstilsynet, slik at tilsynet reagerer.

med det som er fastsatt i allmenngjorte tariffavtaler.²¹⁹ Dette gjør at arbeidstakere i underliggende virksomheter også kan holde leverandører høyere opp i kontraktkjeden ansvarlig dersom de ikke får utbetalt den lønn og overtidsbetaling de skal ha. Dette innebærer en ansvarliggjøring som går utover den plikten som følger av regler om påseplikt og innsynsrett.

Formelt sett påvirker ikke regler om solidaransvar medvirkningsplikten. Et ansvar for hovedleverandør vil gjelde uavhengig av om hovedleverandør medvirker. Samtidig vil ordningen gi et økonomisk incentiv for at hovedleverandør forsikrer seg om at lønnsforholdene hos underleverandører oppfyller minstesatser etter gjeldende allmenngjøringsforskrifter og at dette kan dokumenteres. En kan for eksempel se for seg at en hovedleverandør mistenker en underleverandør for å lønne arbeidstakere for lavt. Når en tillitsvalgt kan begjære innsyn i lønns- og arbeidsvilkår i virksomheten, vil hovedleverandør se seg tjent med å prøve å sikre at arbeidstakerne får den lønn de har krav på fra underleverandør.

Det er uansett en vesensforskjell mellom å skulle fremlegge opplysninger og å skulle verifisere disse. Verifisering kan være tidkrevende, fordi det innebærer at hovedleverandør må gjennomgå arbeidsavtaler og kanskje også lønnslipper og timelister. Det kan også medføre at hovedleverandør eller, i neste ledd, underleverandør, må påse at arbeidsavtaler er utformet slik at de er egnet som dokumentasjon for den lønn utstasjonerte arbeidstakerne reelt får. Dette henger igjen sammen med de krav til og de begrensninger som er gitt for den dokumentasjon som skal legges fram, dvs. hva som skal være grunnlaget for den kontroll hovedleverandør eller eventuelt underleverandør skal utføre.

Grunnlaget for kontroll

Forskriftens § 6 siste ledd fremsetter forslag til hvordan hovedleverandør skal sikre grunnlaget for den kontroll som skal utføres:

”Påseplikten kan oppfylles for eksempel ved at det tas inn kontraktsklausuler om at arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av

²¹⁹ Se Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) Solidaransvar punkt 4.6.2.

allmenngjøringsforskrifter, og at dette følges opp gjennom innhenting av dokumentasjon på arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår.”

Det legges her opp til at hovedleverandør kan innta de nødvendige klausuler i de kontrakter som inngås med underleverandører.

Forskriftens § 5 oppstiller krav til de inngås:

”Bestiller skal i kontrakter med entreprenører eller leverandører informere om at virksomhetenes arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter. Den samme informasjonsplikten gjelder for entreprenører eller leverandører når disse inngår avtaler med underleverandører.”

Forarbeider og forskrift forutsetter at det å legge inn kontraktsklausuler er egnet virkemiddel for sikre at lønns- og arbeidsvilkår oppfyller minstekrav i allmenngjorte tariffavtaler og at dette kan dokumenteres. Slike klausuler *må* opplyse om hvilke minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter, og hvilken informasjonsplikt som gjelder. Om det også skal kontraktfestes at arbeidstakere ”minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter”, blir opp til kontraktpartene, jf. ordlyden i forskriftens § 6 siste ledd med ”for eksempel”.

Det samme må gjelde for det forhold at arbeidsavtaler må være utformet slik at disse kan gi egnet og tilstrekkelig informasjon, sammen med timelister og lønnslipper. Forskriften oppstiller ingen krav til arbeidsavtalers utforming, men som før nevnt strammes den endelig forskriften inn kravet til den dokumentasjon som skal fremlegges til å omfatte kopi av arbeidsavtale, lønnslipp og timelister. Formuleringen om annen ”egnet” dokumentasjon ble sløyfet. En må da anta at avtaler som skal sikre at arbeidskontraktene faktisk gir egnet og tilstrekkelig dokumentasjon, ”for eksempel”²²⁰ kan være en del av hovedkontrakten, men at slike avtaler også kan inngås på annen måte.

Det rettslige grunnlag for påseplikten ble tatt opp i NHOs høringsuttalelse til *Forskriften om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*:

”Dersom hovedleverandør gjennom lov pålegges et påseansvar mener NHO at loven

²²⁰ Forskriftens § 6 siste ledd

også må gi det nødvendige rettsgrunnlaget for å utøve dette påseansvaret. NHO er imot at selve grunnlaget for å gjennomføre kontroller skal hjemles i kontrakter. Rent formelt ville det være mest heldig å gi en egen forskriftsbestemmelse som sikrer hovedentreprenør/leverandør et rettslig grunnlag for å gjennomføre påseansvar, ikke minst fordi det går gjennom hele kontraktsrekkefølgen der hovedleverandøren ikke selv er kontraktspart. På lik linje med forslaget om innsynsrett overfor hovedleverandørens tillitsvalgte, bør påseansvaret utformes som en dokumentasjons- og opplysningsplikt for underleverandørene (overfor hovedleverandøren).²²¹

NHO etterlyser et sterkere rettsgrunnlag for å kunne gjennomføre kontroll gjennom hele kontraktkjeden, og en selvstendig dokumentasjons- og opplysningsplikt for underleverandører ovenfor hovedleverandør. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp i forskriften.

Hvordan hovedleverandør og underleverandører kan sikre grunnlaget for at informasjons- og påseplikten kan overholdes, kompliseres når underleverandører er lokalisert i utlandet. Dette har noen EØS-rettslige konsekvenser som vil bli diskutert i neste kapittel.

4.4 Pliktsubjekter og innsynsretten

Innsynsrett pålegger ikke tillitsvalgte noen plikt, den gir dem en rett til å begjære innsyn. Plikter er pålagt arbeidsgiversiden. Det reelle er at virksomheten har ansatte som omfattes av en allmenngjøringsforskrift. Dette følger av allmenngjøringsloven § 11 femte ledd jf første ledd.

For hovedleverandør gjelder plikten både egen virksomhet og egne underleverandører. For underleverandører gjelder plikten egen virksomhet.

Hvilke virksomheter som regnes som underleverandører og hovedleverandører etter forskriften, er nærmere fastlagt i forskriften § 3 annet og tredje ledd:

²²¹ Høringsbrev NHO – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 5. desember 2007.

”Hovedleverandør: Entreprenør eller leverandør som har påtatt seg et oppdrag for bestiller og som har en eller flere underleverandører til å utføre en del av oppdraget.

Underleverandør: Entreprenør eller leverandør som utfører en del av det oppdraget som er avtalt mellom hovedleverandøren og bestiller. ”

Med hovedleverandør siktes til en plassering i kontraktrekken. Vedkommende skal ha ”påtatt seg et oppdrag” for en bestiller. Dette gjelder også underleverandør som skal ”utføre en del av det oppdraget” avtalt mellom hovedleverandør og bestiller. Det kan være usikkert hva som skiller et oppdrag på den ene siden, og flere oppdrag eller en del av et oppdrag på den andre siden. Det kan også volde usikkerhet hva som skiller et. Dermed kan også hvilke virksomheter som regnes som hovedleverandør virke usikkert. Denne problemstillingen tar justisdepartementet opp under høringen av forskriften.²²²

Det må legges til grunn at vikarbyråer omfattes av regler om innsyn. En innsynsrett er satt til å sikre etterlevelsen av allmenngjorte tariffavtaler. Det kan vanskelig kan argumenteres for at underleverandøren som utfører en del av oppdraget omfattes, mens vikarbyrået som leier ut ansatte for å gjøre det samme oppdraget ikke omfattes. Antagelig må det å stille arbeidskraft til disposisjon utgjøre ”en del av oppdraget” og et vikarbyrå således regnes som en underleverandør i relasjon til regler om innsynsrett.

5 Er innsynsretten i overensstemmelse med de EØS-rettslige tjenestereglene?

5.1 Problemstillingen

²²² Høringsbrev Justis- og politidepartementet – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 23. november 2007.

Problemstillingen i dette kapittelet er om innsynsrettsordningen for tillitsvalgte er forenlig med norske EØS-rettslige forpliktelser under tjenestereglene. Det vil da trekkes slutninger basert på de redegjørelser og tolkninger jeg har gjort i kapittel 3 og 4.

Utgangspunktet for denne drøftelsen vil være utstasjoneringsdirektivet og da særlig artikkel 5. Artikkelen gir som før nevnt vertsstaten anledning til å innføre kontrollordninger med virkning for utstasjonerte arbeidstakere, samtidig som den også fastsetter rammer – ordninger og prosedyrer skal være ”adequate/appropriate”

I tolkningen av hva som ligger i ”appropriate measures” og ”adequate procedures” må en da se hen til traktatfestede tjenestereglene. For spørsmålet om innsynsretten innebærer en ”appropriate measure” og ”adequate procedure” krever en drøftelse av om innsynsretten innebærer en restriksjon for den frie bevegelse av tjenester, og, forutsatt at dette er tilfelle, om den er et proporsjonalt tiltak for å ivareta eller oppnå legitime hensyn. Jeg vil dermed først drøfte om innsynsretten er i overensstemmelse med traktatfestede tjenesteregler om fri bevegelse av tjenester.

Etter det vil jeg gå tilbake til utstasjoneringsdirektivet og artikkel 5, og vurdere om innsynsretten er forenlig med de krav som følger av artikkelen.

5.2 Utstasjoneringsdirektivets artikkel 5 som utgangspunkt

Forutsetningen for at innsynsretten kan sies å oppfylle og dermed falle innenfor utstasjoneringsdirektivets artikkel 5, er at den faller innenfor ordlyden, nærmere bestemt at den er en ”adequate procedure available to workers and/or their representatives for the enforcement of obligations under this Directive” og ved dette utgjør en ”appropriate measure” for å beskytte utstasjonerte arbeidstakere, jf artikkel 5 første og annet ledd.

I formuleringen ”enforcement of obligations under this directive,” ligger et krav om at rettigheten innsynsretten er satt til å ivareta må være beskyttet etter utstasjoneringsdirektivet. Ettersom innsynsretten skal sikre etterlevelsen av allmenngjorte tariffavtaler, jf forskriftens § 1, blir dette et spørsmål om allmenngjorte tariffavtaler faller innenfor direktivet, dvs. at innsynsretten opprettholdes som en ”obligation under this directive”, jf artikkel 5.

Dette temaet er kontroversielt, det viser bl.a. saken om allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten som verserer i norske domstoler, se nærmere punkt 2.3.

Et utgangspunkt må imidlertid være at allmenngjøringsloven *som sådan* ikke er EØS-stridig. Dette er lagt til grunn av flere, bl.a. av Stensvik²²³ av Evju²²⁴ og av Oslo tingrett i saken om allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten.²²⁵ Spørsmålet må også antas å ha fått sin endelige avklaring ved avvisingen av NHOs og Norsk Teknologi sin klage til ESA. ESA konkluderte med at allmenngjøringsloven er forenlig med reglene om fri bevegelighet, og at loven også tilfredsstiller de kravene som følger av utstasjoneringsdirektivet:

“The Authority concludes that the system as set up by the General Application Act in general pursues a legitimate aim, i.e. the protection of workers, capable of justifying a restriction on the freedom to provide services and that the provisions are suitable and proportionate for achieving that aim. In the Authority's view, the Act is also in compliance with the requirements set by Directive. The examination has been limited to the Act's general compatibility with these provisions and the Authority's has not examined whether individual decisions/regulations adopted under the Act and currently in force in Norway comply with EEA law.”²²⁶

En annen sak er om individuelle reguleringer i medhold av allmenngjøringsloven, som Tariffnemndas allmenngjøringsvedtak, kan være EØS-stridige. ESA reserverte seg på dette punkt, jf i uttalelsens siste punkt. Avvisningen innebar da ingen avklaring i forhold til dette. Enkelte allmenngjorte tariffavtaler kan dermed være EØS-stridige.

Dersom domstolen skulle komme til at enkelte allmenngjorte tariffavtaler *ikke* tilfredsstiller kravene i utstasjoneringsdirektivets artikkel 3, og dermed faller utenfor

²²³ Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet av tjenester*, Arbeidsrett volum 4, nr. 1, 2007, s. 53.

²²⁴ Stein Evju, *Evalueringsordningen – høring*, 2006 (Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006) s. 37.

²²⁵ Saksnummer 09-050176TVI-OTIR/06. Dommens side 26.

²²⁶ ESA: *The Authority closes its examination of the Norwegian General Application Act (Lov om allmenngjøring av tariffavtaler), but continue to investigate other related issues*, press release (09)55, 15. juli 2009.

direktivet, må utgangspunktet bli et annet for den EØS-rettslige vurderingen av innsynsretten. Den vil da ikke kunne sies å være en ordning for å sikre minsterettigheter etter direktivet, og vil således ikke falle inn under utstasjoneringdirektivets artikkel 5. En må da vurdere ordningen etter de traktatfestede tjenestereglene, og spørsmålet blir da om traktatretten hjemler innsynsretten, en kontrollmekanisme som opprettholder en EØS-stridige ordning. Kolstad og Hjelmeng uttrykker dette slik:

”Når vi ovenfor har konkludert med at gjeldende allmenngjøringsinstitutt neppe oppfyller EØS-rettens proporsjonalitetskrav, legger dette nødvendigvis også føringer på vurderingen av en innsynsrett mer generelt. Dersom allmenngjøringsinstituttet representerer en restriksjon på den frie tjenesteutveksling vil et kontrolltiltak forsterke de restriktive virkningene av allmenngjøring, forutsatt at kontrolltiltaket i seg selv innebærer en restriksjon.”²²⁷

Som Kolstad og Hjelmeng uttrykker det, vil en EØS-strid for allmenngjøringsinstituttet, influere den EØS-rettslige vurderingen av innsynsretten. Denne problemstillingen forfølger jeg ikke videre. I det følgende vil jeg forutsette at allmenngjøringsloven og Tariffnemndas uttøvelse av myndighet i medhold av allmenngjøringsloven, er i overensstemmelse med EØS-retten, og at Tariffnemndas vedtak – allmenngjorte tariffavtaler i prinsippet faller innenfor utstasjoneringdirektivets artikkel 3.

Utgangspunktet er da at innsynsretten beskytter en ordning som faller inn under utstasjoneringdirektivet. Avgjørende er da om det er en ”adequate procedure available to workers and/or their representatives for the enforcement of obligations under this Directive” og/eller en ”appropriate measure in the event of failure to comply with this Directive.”

For å avgjøre dette må det vurderes om innsynsretten er i overensstemmelse med de traktatfestede reglene om fri bevegelse av tjenester. Dette er eksplisitt lagt til grunn i saken *Wolff & Müller*, og følger også av argumentasjonsrekken til domstolen i saken.²²⁸ En annen sak er at direktivet kan gi føringer for forståelsen av traktatretten.

²²⁷ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad: *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, s. 28.

²²⁸ Se dommens premiss 30 flg.

Om innsynsretten er i forenelig med de traktatfestede tjenestereglene vurderes i det følgende.

5.3 Utgjør innsynsretten en restriksjon?

Innsynsretten er en kontrollmekanisme som skal sikre at samtlige aktører – norske så vel som utenlandske – overholder krav som følger av allmenngjorte tariffavtaler, jf forskriftens § 1 første ledd. Ved dette er ordningen opprinnelsesnøytral. Det er ikke slik at utenlandske tjenesteytere ved loven, eller som et resultat av loven, møtes med andre og strengere krav enn de som gjøres gjeldende overfor norske tjenesteytere.

Det er med dette ikke sagt at ordningen ikke kan være en restriksjon etter EØS-avtalens. Som det fremgår av *Säger*, inkluderer restriksjonsvurderingen også ordninger som er "liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services."²²⁹ Det er denne vurderingen som angir ytterpunktet for hvilke ordninger som kan anses restriksjoner. Opprinnelsesnøytrale tiltak der påvirkningen på markedsadgangen er minimal eller særdeles liten, jf *Mobistar*, faller utenfor.

Det skal lite til for at en regulering som påvirker grenseoverskridende tjenestevirkning utgjør en restriksjon. Flere har også funnet det klart at innsynsretten innebærer restriksjoner i tjenestefriheten. Evju uttaler, med referanse til høringsnotatet fra 2007, at en innsynsrett for tillitsvalgte utvilsomt utgjorde en restriksjon:

"Det er nok riktig, men samtidig ikke egentlig treffende, når det sies at det må vurderes om tiltakene vil utgjøre en restriksjon i EØS-rettslig forstand" (s. 2, under pkt. 1.2). De tiltakene det er tale om her, er utvilsomt restriksjoner"²³⁰

²²⁹ *Säger*, C-76/90.

²³⁰ Høringsbrev Stein Evju – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 4. desember 2007, s. 1.

Kolstad og Hjelmeng uttaler at ”etterlevelsen av vedtaket kan representere en byrde for foretaket.” De knytter vurderingen an mot til selve allmenngjøringsinstituttet, og hevder en innsynsrett ”vil forsterke den restriktive virkningen av allmenngjøringsinstituttet.”²³¹

Departementet åpner også for at en innsynsrett vil kunne utgjøre en restriksjon. Det uttaler: ”I den grad retten til innsyn gjør det mindre attraktivt å eksportere en tjeneste fra et annet EØS-land til Norge, vil det antagelig utgjøre en restriksjon i EØS-rettslig forstand.”²³²

Uttalelsene illustrerer at vurderingene varierer, men at det synes å være en enighet om at en innsynsrett for tillitsvalgte vil kunne virke restriktivt for grenseoverskridende tjenesteyting.

Flere aspekter ved innsynsretten må vurderes opp mot restriksjonsbegrepet under tjenestereglene. Det må vurderes om *selve regelsettet* utgjør en restriksjon. Dernest kan en spørre seg om den tillitsvalgtes utøvelse av myndighet i medhold av regelsettet utgjør en restriksjon.

5.3.1 Utgjør selve regelverket en restriksjon?

Allmenngjøringsloven § 11 femte ledd og forskriften gir tillitsvalgte kompetanse til å begjære innsyn. Det medfører at det finnes et regelsett som utenlandske virksomheter må sette seg inn i ettersom begjæring om innsyn kan bli fremsatt overfor dem.

Flere sider ved selve regelverket kan være vanskelig å få grep om. Det gjelder bl.a. hvem som er tillitsvalgt i relasjon til regler om innsyn. Begrepet ”tillitsvalgt” etter forskriften er for eksempel nærmere bestemt ved tariffavtaler til den organisasjon som er part i den aktuelle allmenngjorte tariffavtaler. Dette kan gjøre at virksomheter, særlig utenlandske, vil kunne ha vanskeligheter med å finne ut hvem som faktisk er gitt kompetanse til å utøve innsyn. Videre er informasjon om omfanget av plikter utløst ved

²³¹ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», Arbeidsrett, 2006 s. 1-41, punkt 3.2

²³² Ot.prp.nr.56 (2006-2007) punkt 5.2.2

innsyn vanskelig tilgjengelig. Innsynsrett utløser en opplysningsplikt og medvirkningsplikt, plikter hvis omfang ikke er klart definert.²³³

I tillegg inngår regler om innsyn i et videre register av kontrollordninger for å sikre allmenngjorte tariffavtaler, se nærmere avhandlingens punkt 2.2.1. Det innføres regler om ID-kort, påseplikt, solidaransvar, en styrking av verneombud, som dels skal virke overlappende med ordningen om innsyn,²³⁴ dels skal fungere uavhengig av denne.

I sum dreier det seg om et forholdsvis omfattende regelinnhold arbeidsgivere forutsettes å gjøre seg kjent med. Delvis er omfanget av regelinnholdet ikke tilstrekkelig avklart. Spørsmålet blir om dette kan utgjøre en restriksjon.

Om et uklart regelinnhold vil utgjøre en restriksjon, er usikkert. I *Laval* fastslo domstolen at en tariffestet minstelønnsordning ikke kunne anses begrunnet i legitime hensyn, når minstelønnsordningen fremgikk av et regelsett som var så upresist og utilgjengelig at det i praksis var umulige eller urimelig vanskelig for virksomheten å få klarhet i hvilke forpliktelser den hadde med hensyn til lønnsutbetaling til egne ansatte.²³⁵

To forhold skiller det norske forholdet fra den svenske saken. I *Laval* var vurderingen rettet mot proporsjonalitetsvurderingen, ikke restriksjonsvurderingen. Videre dreide det seg om en regulering mellom arbeidslivsparter på tariffnivå, et regelsett som ikke er like lett tilgjengelig, og vanskeligere å få oversikt over enn offentlige lover og forskrifter.

Likevel var det underliggende hensyn at virksomheter måtte kunne ha klarhet i egne forpliktelser etter regelsettet, slik at de med dette kunne innrette seg. Om regelsettet fremgår på tariffnivå eller lovnivå, må i den forbindelse være underordnet. Vurderingen knytter seg til hvor lett eller vanskelig det er for den enkelte virksomhet å sette seg inn i regelverket. Dette synes også å følge av *De forente saker Arblade*. Domstolen fremholdt at bestemmelser om minstelønn som fremgikk av kollektive avtaler eller medlemsstaters lovgivning i prinsippet kunne gjøres gjeldende overfor tjenesteytere uavhengig av

²³³ For illustrasjon, se Høringsbrev NHO – *Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett*, 5. desember 2007, s. 4, punkt 2.5.

²³⁴ Dette gjelder særlig regler om påseplikt, se avhandlingens punkt 2.2.1.1.

²³⁵ *Laval*, C-149/05, premiss 110.

nasjonalitet, men for at regelinholdet skulle gi grunnlag for strafferettslig forfølgning av arbeidsgiver som var etablert i en annen medlemsstat, måtte reglene være tilstrekkelig presise og tilgjengelige, slik at det ikke var praktisk umulig eller urimelig vanskelig for arbeidsgiver å få klarhet i hvilke forpliktelser arbeidsgiveren var anklaget for å ha tilsidesatt.²³⁶

En vil kunne tenke seg at når et uklart virkemiddel kan være uproposjonalt – forsterke belastningen for grenseoverskridende tjenesteyting -, vil det også vil kunne utgjøre en selvstendig belastning, en restriksjon. Umiddelbart vil en jo kunne tro at selve kompleksiteten rundt regelverket kan være egnet eller innebærer en viss risiko for å gjøre tjenesteytelsen mindre fordelaktig, og at det dermed er en restriksjon etter ”Säger-doktrinen”. Dette er imidlertid et uavklart punkt.

5.3.2 Utgjør tillitsvalgtes utøvelse av myndighet i medhold av regelsettet en restriksjon?

Tillitsvalgtes rett til å begjære innsyn i virksomheters lønns- og arbeidsvilkår, gjør at tillitsvalgte kan pålegge virksomheter plikter. Tilsyn må etterkommes av virksomheten som tillitsvalgte velger å begjære innsyn overfor, og tillitsvalgtes egen arbeidsgiver forutsettes å medvirke til at vedkommende tillitsvalgt får nødvendig dokumentasjon, hvis det dreier seg om en underleverandør.

Opplysningsplikten samt medvirkningsplikten vil innebære at pliktsubjekter (hovedleverandør eller underleverandører) må frigjøre ressurser for å hjelpe tillitsvalgte slik at dokumentasjon blir fremlagt, og at det gis tilstrekkelig egnet dokumentasjon.

I hovedsak vil en slik hjelp innebære administrative belastninger; det vil ta tid og ressurser å innhente og om nødvendig kontrollere innhentet informasjon. Administrative belastninger, har EF-domstolen regnet som restriksjoner. Dette gjelder bl.a. *Mazzoleni* at en lovgivning som medfører økonomiske belastninger vil være en restriksjon.²³⁷ I

²³⁶ *De forente saker Arblade*, C-369/96, premiss 42-43.

²³⁷ *Mazzoleni* C-165/98, premiss 24.

kommisjonen mot Tyskland spesifiseres dette ytterligere. Domstolen legger her til grunn at et krav om oversettelse og oppbevaring av dokumenter i vertsstaten, vil være en belastning for virksomheten, og i kraft av dette vil et pålegg om dette utgjøre en restriksjon i tjenestefriheten.²³⁸

Utenlandske virksomheter som har sitt hovedkontor i utlandet og har sine arbeidskontrakter der, vil måtte utlevere arbeidsavtaler til tillitsvalgte gjennom hovedleverandør eller direkte til tillitsvalgte. Tillitsvalgtes innsynsrett innebærer at det stilles krav til bearbeidelse av dokumenter. Ved kravet om at allmenngjorte tariffavtaler skal dokumenteres ”ved kopi av arbeidsavtale”, jf forskriften § 9, stilles det et skriftlighetskrav. At arbeidsavtaler skal være skriftlige, er særnorsk, noe som i praksis innebærer at arbeidsgivere fra andre land må utforme skriftlige arbeidsavtaler med egne ansatte dersom de velger å utføre tjenester i Norge.

Når tillitsvalgte ved en begjæring om innsyn kan kreve at virksomheter utleverer arbeidskontrakter, lønnslipper og timelister, medfører dette at dokumenter må bearbeides. Personopplysninger skal sladdes slik at arbeidsavtaler ikke identifisere enkelte arbeidstakere, jf forskriftens § 9 første ledd. Det kreves også i praksis at utenlandske virksomheter, dersom de klassifiseres som hovedleverandør etter forskriften, utformer kontrakter som muliggjør en dokumentasjon av *alle* minstekrav som inngår som en del av allmenngjorte tariffavtaler, se nærmere kapittel 4.3.2. Samlet vil et krav til bearbeidelse og utlevering av dokumenter til vertsstaten, herunder hovedleverandører i vertsstaten, utgjøre en belastning som påhviler utenlandske tjenesteytere. Slike belastninger må regnes som restriksjoner på bakgrunn av EF-domstolens praksis. Dette gjelder særlig *De forente saker Arblade*²³⁹ og *Kommisjonen mot Tyskland*,²⁴⁰ der domstolen kom til at henholdsvis en oppbevaring av dokumenter i vertsstaten og et krav om oppbevaring kombinert med bearbeidelse/oversettelse av dokumentene til vertsstatens språk, var restriksjoner i

²³⁸ *Kommisjonen mot Tyskland* C-490/04, premiss 66-69.

²³⁹ *De forente saker Arblade* C-369/96.

²⁴⁰ *Kommisjonen mot Tyskland*, C-490/04.

tjenestefriheten.²⁴¹ De bearbeidelser som ble foretatt i disse sakene, har likheter med den bearbeidelsen utenlandske arbeidstakere må foreta for å etterkomme begjæringer om innsyn, det stilles spesielle krav til oppbevaring og utforming av dokumentasjon. Dette gjelder særlig der den utenlandske arbeidsgiveren er hovedleverandør. I så fall krever innsynsretten at den utenlandske arbeidsgiveren aktivt innhenter dokumentasjon fra underleverandører, uavhengig av om disse underleverandørene er lokalisert i Norge, i samme hjemland som hovedleverandør eller i en tredje medlemsstat.

Ansvarliggjøring utover medvirkningsplikten, det vil her si ved etablering av solidaransvar, gjør at hovedleverandør kan måtte verifisere at opplysninger er korrekte. I sum innebærer ordningen administrative og dermed også økonomiske belastninger for virksomheten. Til dette kommer at EF-domstolen ved gjentatte anledninger, bl.a. i *Mazzoleni*, har fastslått at administrative og økonomiske belastninger er å regne som restriksjoner etter EF-retten.²⁴²

Dette gjelder også forut for tjenesteyting i Norge. Kolstad og Hjelmeng spesifiserer:

”En utenlandsk tjenesteyter kan ikke utelukke at en innsynsbegjæring vil bli rettet mot tjenesteyteren i forbindelse med at tjenesteyteren utfører tjenester i Norge, og vil måtte forberede seg på å oppfylle en dokumentasjonsplikt allerede før vedkommende drar til Norge for å oppfylle en tjenestekontrakt. Innføringen av en generell innsynsrett for å avdekke om vilkårene for allmenngjøring er tilstede, krever derfor at bedrifter fra andre EØS-land ved salg av tjenester som skal utføres i Norge må bruke ressurser på å forberede begjæringer om innsyn, og på å etterkomme konkrete begjæringer om innsyn.”²⁴³

²⁴¹ I *De forente saker Arblade* ble oppbevaring av dokumenter funnet å være et uproporsjonalt virkemiddel, altså var også en restriksjon. I *Kommisjonen mot Tyskland* ble det krav om oversettelse og oppbevaring av dokumenter funnet i overensstemmelse med tjenestereglene. Dette fordi det ble ansett som en nødvendighet for tilsyn, og var dermed et proporsjonalt virkemiddel for å sikre arbeidstakere. Det at domstolen tar den diskusjonen illustrer at den anser dette som en restriksjon. Om saksforholdet, se avhandlingens punkt 3.3.4.2.

²⁴² Se bl.a. *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld C-39/98*, premiss 30 og *De forente saker Arblade C-369/96*, premiss 50.

²⁴³ Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, s. 29.

Innsynsretten vil da måtte regnes som en økonomisk og administrativ barriere tjenesteytere må overvinne for å kunne tilby tjenester i Norge.

Det trenger ikke nødvendigvis være meget tidkrevende for arbeidsgivere å utlevere eller medvirke til en utlevering av opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår. Systemer for dette kan også effektiviseres – særlig i større i bedrifter. Dette er likevel ikke hovedpoenget. En ”gradering” av belastningen subsumeres ikke under restriksjonsvurderingen. Dette er en vurdering som reserveres for proporsjonalitetsvurderingen. Det avgjørende i relasjon til restriksjonsforbudet, er om belastningen overstiger et visst minimum og dermed utgjør et tiltak som er egnet, eller i det minste innebærer en viss risiko for å gjøre grenseoverskridende tjenesteytelser mindre fordelaktig, jf *Säger*. At pliktene pålagt virksomheter, herunder utenlandske aktører, overstiger dette, må anses forholdsvis klart.

5.3.3 Oppsummering

Ordningen med innsynsrett for tillitsvalgte må betraktes som en restriksjon for grenseoverskridende tjenesteyting. Hvorvidt regelverket i seg selv utgjør en belastning, kan være mer tvilsomt. Likevel vil en utøvelse av innsynsrett i medhold av regelverket utgjøre en restriksjon. For å avgjøre om ordningen likevel kan opprettholdes etter EØS-avtalen, må det dermed vurderes om ordningen er begrunnet i legitime hensyn, og kan anses som et proporsjonalt tiltak for å fremme eller ivareta disse hensynene. Jeg behandler først spørsmålet om tiltaket kan begrunnes i legitime hensyn.

5.4 Kan innsynsretten sies å fremme tvingende allmenne hensyn?

Innsynsretten er en opprinnelsesnøytral ordning, jf ovenfor. Dette gjør at ordningen også kan begrunnes i den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Avgjørende blir derfor om de hensyn regler om innsyn fremmer, kan klassifiseres som tvingende allmenne hensyn.

Et naturlig utgangspunkt for diskusjonen er lovgivers angitte formål. Sagt på andre måter: Hva er innsynsrettens tilsktede virkninger? Hvilken legislativ begrunnelse gir lovgiver for å innføre regler om innsyn for tillitsvalgte?

Den formelle begrunnelsen for innføring av regler om innsynsrett for tillitsvalgte er angitt i forskriftens § 1:

”Forskriftens formål er å bidra til å sikre etterlevelse av lønns- og arbeidsvilkår som følger av forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsforskrifter), jf. allmenngjøringsloven § 3”

Dette har to dimensjoner.

Innsynsretten skal sikre bidra til å sikre etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter. Når etterlevelsen er forholdsvis lav,²⁴⁴ styrkes tilsynet. Dette er også legitimt etter EF-retten. Det kan aksepteres etter artikkel 39 jf § 33.²⁴⁵ Dette forutsetter imidlertid at reglene – materielt sett – ikke fremmer et EØS-stridig innhold. Det betyr at innsynsretten som en kontroll av allmenngjøringsinstituttet vil bero på om allmenngjøringsinstituttet er forenelig med EØS-retten. Dersom allmenngjøringsordningen som sådan er i strid med EØS-avtalen, vil kontrollordninger som skal sikre en overholdelse av ordningens regelverk, innebære en opprettholdelse av en EØS-stridig ordning. Konklusjon vil derfor avhenge av allmenngjøringslovens EØS-rettslige gyldighet. Dette er uavklart, jf ovenfor.

Den andre dimensjonen er at kontrollmekanismen skal fremme det materielle innholdet i regelsettet. Kolstad og Hjelmeng uttrykker dette på følgende måte:

”En innsynsrett skal tjene til å gjøre allmenngjøringsinstituttet mer effektivt. Innsynsretten har således ikke en begrunnelse som skiller seg fra allmenngjøringsinstituttet.”²⁴⁶

Den skal bidra til å søke en større grad av etterlevelse, og dens funksjon vil da være å medvirke til å realisere effekten av allmenngjøringsinstituttet. Noe av bakgrunnen for dette

²⁴⁴ Se avhandlingens punkt 2.3.2.

²⁴⁵ Se også *De forente saker Arblade*, C-369/96, premiss 41.

²⁴⁶ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, s. 30.

er redegjort for i avhandlingens punkt 2.2. En må da se på allmenngjøringsinstituttet for å fastslå hvilken legislativ begrunnelse som ligger til grunn for regler om innsynsrett for tillitsvalgte. Kolstad og Hjelmeng uttrykker dette slik: ”En innsynsrett skal tjene til å gjøre allmenngjøringsinstituttet mer effektivt. Innsynsretten har således ikke en begrunnelse som skiller seg fra allmenngjøringsinstituttet.”²⁴⁷

Allmenngjøringsloven har en todelt begrunnelse. Den skal, ved å fastsette et minimum mht arbeids- og lønnsvilkår, sikre utenlandske arbeidstakere som oppholder seg i Norge, herunder utstasjonerte arbeidstakere. Samtidig skal den også ”hindre konkurransevridding til ulempe for det norske markedet”, jf allmenngjøringsloven § 1. De to formålene knytter seg til ulike forhold, samtidig som det er en grunnleggende sammenheng mellom dem. Dette kommer jeg tilbake til. Før jeg imidlertid tar for meg den problemstillingen, vil jeg si noen ord om minstelønnsordning og beskyttelse av arbeidstakere.

Det kan muligens diskuteres om et minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår faktisk vil beskytte utenlandske arbeidstakere. Ved store lønnsforskjeller mellom ulike EU-land vil muligheten for opparbeidelse av lønn i land med høyere lønnsnivåer kunne være en fordel for den enkelte arbeidstaker. Selv ved fravær av en minstelønnsordning vil lønnsinntektene ofte ligge høyere enn i hjemlandet. Etablering av minstelønnsordninger vil kunne frata utenlandske arbeidstakere et konkurransefortrinn og i sum innebære at disse arbeidstakerne er henvist til å søke arbeid i eget hjemland, eller andre land enn Norge. Hvorvidt minstelønn innebærer en beskyttelse av utenlandske arbeidstakere, vil da være et spørsmål om hva som er referansepunktet – hjemlandet eller vertsstaten. Det kan argumenteres for at en lønnsordning med vertsstaten som referansepunkt ikke er begrunnet i vern av utenlandske arbeidstakere, men utgjør en del av den nasjonale lønnspolitikk – noe som er et ulovlig hensyn. Denne diskusjonen har en politisk undertone.

Rent EU-rettslig må dette spørsmålet likevel være avgjort. EF-domstolen har ved gjentatte anledninger funnet at etablering av minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår, i

²⁴⁷ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, s. 28.

prinsippet kan kategoriseres som vern av arbeidstakere.²⁴⁸ Vertsstaten har en skjønnsmargin ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå.²⁴⁹ Dette kommer særlig godt til uttrykk i *De forente saker Finalarte*.²⁵⁰ Domstolen slo fast at det måtte tilkomme den enkelte medlemsstat å bestemme varigheten av betalt ferie.²⁵¹ Hvorvidt den betalte ferien oversteg et visst minimum, enten ved lov eller arbeidstidsdirektivet, gikk ikke domstolen nærmere inn på. Tilsvarende kan en nok se for seg at det vil være opp til vertsstaten å fastsette nivået på et minimum av arbeids- og lønnsvilkår. Det avgjørende er at utenlandske virksomheter ikke forpliktes utover dette fastsatte minimumsnivået. Domstolens avgjørelse i *Rüffert*²⁵² og *Laval*²⁵³ kan synes å indikere dette. I *Rüffert* måtte en utenlandsk tjenesteyter forholde seg til en minstelønn på delstatsnivå, som lå over den nasjonale minstelønnen. I *Laval* gjaldt det en plikt til å slutte seg til tariffestet krav til arbeids- og lønnsvilkår som gikk utover lovfestede nasjonale minimumsreguleringer.²⁵⁴

Hva som ligger i den andre delen av begrunnelsen, altså vern av det ”norske markedet” kan virke mer uavklart. Innebærer det for eksempel vern av norske arbeidstakere eller virksomheter? Sannsynligvis dreier det seg om en kombinasjon. I forarbeidene til allmenngjøringsloven legger departementet til grunn:

”Departementet vil imidlertid presisere at hensikten med loven er å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker mot urimelige lønns- og arbeidsvilkår og samtidig unngå uheldig konkurransevridninger for virksomheter med norske arbeidstakere i.f.m. gjennomføringen av EØS-avtalen”²⁵⁵

²⁴⁸ Se bl.a. *Kommisjonen mot Tyskland* C-341/02, premiss 24, *De forente saker Arblade* C-369/96 og C-376/96, premiss 36, *Portugaia Construções Ld* C-164/99, premiss 21, med videre henvisning til *De forente saker Seco* C-62/81 og C-63/81, samt *Wolff & Müller* C-60/03, premiss 36.

²⁴⁹ Se nærmere avhandlingens punkt 3.2.4.2. og proporsjonalitetsvurderingens prinsipielle side.

²⁵⁰ *De forente saker Finalarte*, C-49/98.

²⁵¹ Dommens premiss 58.

²⁵² *Rüffert*, C-346/06, premiss 33 og 34.

²⁵³ *Laval*, C-341/05, premiss 73 og 80.

²⁵⁴ Dette gjaldt både med hensyn til ”nivå” og temaer.

²⁵⁵ Ot.prp.nr.26 (1992-1993) s. 22.

I revisjonen av allmenngjøringsloven i 2004, inntas en lignende begrunnelse:

”Allmenngjøringslovens formål er å forhindre at utenlandske arbeidstakere tilbys lønns- og arbeidsvilkår som er påviselig dårligere enn det som følger av norsk tariffavtaler og samtidig unngå uheldig konkurransevidninger for virksomheter med norske arbeidstakere.”²⁵⁶

Det virker som loven åpner for at det kan tas konkurransehensyn. Også en utøvelse av myndighet i medhold av allmenngjøringsloven synes å være begrunnet i konkurransehensyn. Bl.a. uttaler Tariffnemnda i saken delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten i skips- og verftsindustrien.²⁵⁷

”I henhold til forarbeidene til loven er formålet også å hindre konkurransevidning til ulempe for norske virksomheter og arbeidstakere.”

I det seneste vedtaket om allmenngjøring av tariffavtaler er nemnda mer ”ullen”. I vedtak om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringen i Norge uttaler nemnda:

”(…)Formålet med loven er: å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevidning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet.”, jf. § 1.”²⁵⁸

I begrunnelsen trekker Tariffnemnda tilbake spesifiseringen ”konkurransevidninger for norske virksomheter og arbeidstakere.” Nemnda henviser kun til formålsbestemmelsen i allmenngjøringsloven og fastslår at ordningen skal hindre ”konkurransevidning til ulempe for det norske markedet.” Kanskje er det bevisst. I saken *De forente saker Finalarte*²⁵⁹ ble

²⁵⁶ Ot.prp.nr.77 (2003-2004) s. 16.

²⁵⁷ Tariffnemndas vedtak av 6. oktober 2008 om fastsettelse av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten i skips- og verftsindustrien, punkt 1.

²⁵⁸ Tariffnemndas vedtak av 16. november 2009 om fastsettelse av forskrift om allmenngjøring av overenskomsten for jordbruk- og gartnerinæringene 2008-2010.

²⁵⁹ *De forente saker Finalarte*, C-70/98.

det for eksempel fastslått at vern av nasjonale virksomheter isolert sett ikke kunne begrunne restriksjoner i tjenestefriheten.²⁶⁰

Hensynet til nasjonale virksomheter må likevel være et sidespor i formelle begrunnelser for allmenngjøring. Det sentrale er at et vern av arbeidstakers lønnsforhold også har bestemte proteksjonistiske dimensjoner. En innføring av minstestandarder for å beskytte utenlandske arbeidstakere, som jo er akseptert av EF-domstolen, vil gjøre nasjonale virksomheter mer konkurransedyktige. Dette gjelder særlig i arbeidsintensive bransjer som bygg- og anleggsbransjen. Om et tiltak tjener til å verne arbeidstakere eller er en beskyttelse av det nasjonale arbeidsmarked, er ikke et enten eller.

Domstolens avgjørelse i *De forente saker Finalarte, Portugaia Construções Ld og Wolff & Müller* viser det.²⁶¹ Særlig illustrerende er domstolens argumentasjon i *Wolff & Müller*. Domstolen aksepterer ikke anførselen om at ordningens hovedformål var å gjøre det vanskeligere å tildele kontrakter til underentreprenører fra ”lavkostnadsland”.²⁶² Det sentrale var at ordningen (også) innebar en reell beskyttelse av utstasjonerte arbeidstakere. Domstolen konkluderte med at utstasjonerte arbeidstakere, ved etablering av solidaransvar, ble gitt et bedre vern ved ordningen, og at denne ordningen var proporsjonal mht til de inngrep den innebar i tjenestefriheten. Følgelig ble ordningen opprettholdt. I den forbindelse var angitte begrunnelser for ordningen underordnet.

I sum virker det som konkurransevridding, *forstått på en måte som knytter seg til at en fraviker minstekrav til lønns- og arbeidsvilkår*, vil kunne være en legitim begrunnelse. Det sentrale synes å være at domstolen til en viss grad aksepterer beskyttelse mot konkurransevridding og vern av eget arbeidsliv, såfremt regelsettet *samtidig* innebærer en reell beskyttelse for utenlandske herunder utstasjonerte arbeidstakere.²⁶³

Resultatet må være at norske regler om innsynsrett følger legitime hensyn. Vern av utenlandske arbeidstakere er en legitim begrunnelse for restriksjoner i tjenestefriheten.

²⁶⁰ Se for eksempel *De forente saker Finalarte C-49/98*, premiss 39, med videre henvisninger.

²⁶¹ *De forente saker Finalarte, C-49/98*, premiss 40, *Portugaia Construções Ld* C-164/99, premiss 24, *Wolff & Müller C-60/03*, premiss 38.

²⁶² Dommens premiss 34 og 35 sammenholdt med anførselen i premiss 18.

²⁶³ Se også begrunnelsen i *De forente saker Finalarte* premiss 40-41 i den sammenheng.

Hvorvidt ordningen også kan opprettholdes beror på om ordningen også er en proporsjonal ordning for å beskytte utenlandske arbeidstakere.

5.5 Er innsynsretten en proporsjonal ordning for å sikre tvingende allmenne hensyn?

5.5.1 Et utgangspunkt for diskusjonen

Problemstillingen for dette kapittelet er om innsynsrettsordningen er et proporsjonalt tiltak for å beskytte arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår etter allmenngjorte tariffavtaler. Som nevnt innebærer innsynsretten en utvidelse av antall tilsynsordninger. Spørsmålet er om dette er nødvendig. Som domstolen observerte i *De forente saker Finalarte*²⁶⁴ blir dette en form for ”kost/nytte”-vurdering, der de administrative og økonomiske belastninger kontrollordningen påfører tjenesteytere, må veies mot den økte beskyttelse utenlandske, herunder utstasjonerte, arbeidstakere får, sammenlignet med den beskyttelse de er gitt i medhold av hjemstatens lovgivning.²⁶⁵ Problemstillingen har flere underpunkter.

Det reises et spørsmål om det foreligger et behov for en ordning med innsynsrett for tillitsvalgte (punkt 5.5.2.).

Forutsatt at dette er tilfelle, oppstår to nye spørsmål. Først om innsynsretten er en *egnet* utvidelse av tilsynsordninger for å tilfredsstille dette behovet (punkt 5.3.3.). Derest om innsynsretten for tillitsvalgte er en *forholdsmessig* utvidelse av tilsynsordninger for å tilfredsstille dette behovet (punkt 5.5.4.). Det siste spørsmålet har to underpunkter. Først om i innsynsretten innebærer en *reell beskyttelse* for utenlandske herunder utstasjonerte arbeidstakere. Dette må veies mot hvilke økte belastninger innsynsretten påfører tjenesteytere.

²⁶⁴ *De forente saker Finalarte*, C-49/98, premiss 50.

²⁶⁵ Nikolett Hös: *The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?*, EUI Working Papers, Law 2009/06, s. 7.

5.5.2 Behovet for en innsynsrett for tillitsvalgte

Det tilkommer vertsstaten, altså Norge, å regulere overholdelsen av allmenngjorte tariffavtaler. For utstasjonerte arbeidstakere følger dette av utstasjoneringsdirektivets artikkel 3:

“Member States shall ensure that, whatever the law applicable to the employment relationship, the undertakings referred to in Article 1 (1) guarantee workers posted to *their territory* the terms and conditions of employment covering the following matters which, in the Member State where the work is carried out, are laid down:”
(Min kursivering)

Det vil dermed ikke være en form for ”dobbelbelastning” med kontrollordninger i avsenderland og Norge for å sikre etterlevelsen av allmenngjorte tariffavtaler. Dette kan virke banalt, men er uansett en viktig innledende avklaring.

Det er Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet som fører det primære tilsyn av overholdelsen av allmenngjorte tariffavtaler, jf allmenngjøringsloven § 11 første ledd og annet ledd. Det er således primært ved offentlig tilsyn at utstasjonerte arbeidstakere sikres at deres krav på arbeids- og lønnsvilkår overholdes.

I tillegg vil utstasjonerte arbeidstakere alltid kunne reise privat søksmål i Norge for å inndrive kravet, jf utsendingsforskriften § 4.

Som vist i punkt 2.3.3. har Arbeidstilsynets og Petroleumsstilsynets kontroll av allmenngjorte tariffavtaler vist seg utilstrekkelig. Arbeidstilsynet tegnet i forarbeidene til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett et bilde av lave etterlevelseshet, ulike former for omgåelser av regler – bl.a. ved doble arbeidskontrakter -, og ugjennomsiktige ansettelsesforhold. Det dreide seg om en krevende tilsynssituasjon. Departementet uttalelse i innstillingen til Odelstinget illustrerer situasjonen: ” Det er imidlertid problematisk at mange virksomheter ikke etterlever forskriftene, og at departementet har manglet tilstrekkelige virkemidler for en effektiv oppfølging av

regelverket.”²⁶⁶ Utgangspunktet må være at det, til tross for offentlig tilsyn ved Arbeidstilsynet, foreligger et etterlevelsproblem. Ved dette bør en anta at det er behov for en styrking av kontrollordninger.

Det springende punktet er om regler om innsynsrett er et *egnet* og et *forholdsmessig* tiltak for å bekjempe det som er et etterlevelsproblem, eller om ordningen har gått for langt i visse relasjoner. Dette vil drøftes i de påfølgende punktene.

5.5.3 Er innsynsrett en egnet utvidelse av tilsynsmekanismene for å tilfredsstille det behovet?

Det skal det relativt mye til før EF-domstolen finner at et tiltak er uegnet. Tiltaket må da enten være uten virkning, eller direkte virke mot sin hensikt, se bl.a. *Seco*²⁶⁷ og *Bosman*.²⁶⁸

En innsynsrett for tillitsvalgte vil kunne øke gjennomsiktigheten i hva tjenesteytere faktisk tilbyr sine arbeidstakere. Kolstad og Hjelmeng formulerer dette slik:

”Det synes klart at økt transparens m.h.t. de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske tjenesteytere tilbyr sine ansatte vil kunne gjøre allmenngjøringsinstituttet mer effektivt. En innsynsrett vil som virkemiddel for økt transparens således bidra til å oppfylle de hensyn som begrunner allmenngjøringsinstituttet.”²⁶⁹

En må også kunne anta at innsynsretten vil åpne en ny kanal som utenlandske, herunder utstasjonerte arbeidstakere, kan benytte seg av for å sikre sine rettigheter. Innsynsretten vil kunne gi utstasjonerte arbeidstakere et alternativ til det å kontakte offentlige tilsynsmyndigheter. Dette alternativet kan være enklere å oppnå kontakt med og å forholde seg til. Det kan her trekkes visse linjer til saken *Wolff & Müller*.²⁷⁰

²⁶⁶ Innst.O.nr.92 (2006-2007) Punkt 1.5.

²⁶⁷ *De forente saker Seco*, C-62/81 og C-63/81.

²⁶⁸ *Bosman*, C-415/93.

²⁶⁹ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41, s. 30.

²⁷⁰ *Wolff & Müller*, C-60/03, premiss 40.

I den utstrekning det er flere ”kontrollører” som undersøker hvorvidt utstasjonerte arbeidstakere har ordnede arbeids- og lønnsforhold, vil dette kunne være et middel som er egnet for å fremme beskyttelsen av de aktuelle arbeidstakere. Det vil for eksempel kunne avdekkes flere lovstridige forhold.

Det er liten tvil om at en innsynsrett for tillitsvalgte vil være et *egnet* virkemiddel for å beskytte utenlandske herunder utstasjonerte arbeidstakere.

5.5.4 Er innsynsretten en forholdsmessig utvidelse av tilsynsmekanismene for å tilfredsstille det behovet?

Selv om en restriksjon i tjenestefriheten er legitimt begrunnet og *egnet* til å nå formålet, kan ordningen likevel være EØS-stridig dersom domstolen finner målsettingen kan nås ved mindre inngripende midler.²⁷¹

For å klargjøre det må det kartlegges hvilken *reell beskyttelse* ordningen innebærer for utenlandske arbeidstakere. Dernest må det vurderes om denne ekstra beskyttelsen kan nås ved midler som i mindre grad virker restriktivt på tjenestefriheten. Førstnevnte omtales gjerne som proporsjonalitetsvurderingens prinsipielle side, mens det siste omtales som proporsjonalitetsvurderingens funksjonelle side.

5.5.4.1 Innsynsretten utforming – reell fordel for utenlandske arbeidstakere

I kravet om reell fordel ligger en differansevurdering der en spør hvilken *ekstra beskyttelse* innsynsretten for tillitsvalgte vil innebære for utenlandske arbeidstakere. For å vurdere dette, må en drøfte hvilke fordeler innsynsrettsordningen kan ha, sammenliknet med alternative ordninger, og særlig offentlig tilsyn, og hvile ulemper som kan hefte ved ordningen.

²⁷¹ Eksempler på denne vurderingen finnes i *Questore di Verona vs Diego Zenatti* C-67/98, premiss 29.

Innsynsrett for tillitsvalgte innebærer at tillitsvalgte i tillegg til Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet gis rett til å begjære innsyn. Tilsynsorganene utvides ved tillitsvalgte gis en rett til å kontrollere virksomheters arbeids- og lønnsvilkår. Ved at antall kontrollinstanser utvides, vil det kunne avdekkes flere lovstridige forhold. Dette kan være en fordel for utenlandske arbeidstakere.

I likhet med svært mange andre lover og ordninger vil innsynsretten kunne virke preventivt. Dette henger sammen med selve allmenngjøringsinstituttet og det forhold at virksomheter i de kontrakter som inngås med underleverandører er pålagt å ”informere om at virksomhetenes arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter” jf. forskriften § 5. En må da anta at utenlandske foretak som utstasjoneres ansatte til Norge i noen grad vil bli gjort kjent med at tilsynsordningen finnes og hva den innebærer, særlig de som hyppig har oppdrag i Norge. Hvis det at arbeidstakersiden tar del i kontrollen bidrar til å senke barrieren for at utenlandske arbeidstakere og arbeidsgivere skal bli kjent med hvilke retter arbeidstakere har i Norge og hvilke ordninger som fins for å sikre disse, kan også dette virke preventivt mot ”sosial dumping”.

Et hensyn som har vært mye fremme i forarbeidene og debatten er at tillitsvalgte normalt vil ha bedre *lokal kjennskap*, enn offentlig myndighet, det vil her i hovedsak si tilsynenes inspektører. Dette hensynet har bl.a. kommet til uttrykk i innstillingen fra Arbeids- og sosialkomiteen til Odelstinget i forbindelse med ordningen om påseplikt og innsynsrett:

”Tilsynsetatene vil utvilsomt kunne dra nytte av de tillitsvalgtes kunnskap og informasjon om for eksempel oppdragstakerne til den enkelte virksomhet, og om lokale forhold for øvrig. Innsynsrett for lokale tillitsvalgte vil føre til at brudd i større grad vil kunne avdekkes og i større grad rettes opp uten at tilsynsmyndighetene involveres.”²⁷²

Lokal tilknytning har også sammenheng med geografisk nærhet til utstasjonerte arbeidstakere. Tillitsvalgte med myndighet til å utøve innsynsrett, vil ofte være på samme arbeidsplass som utstasjonerte arbeidstakere, eller norske kollegaer kan være behjelpelig

²⁷² Innst.O.nr.92 (2006-2007) punkt 1.6

med å etablere kontakt. Arbeids- eller Petroleumstilsynet vil oftere måtte kunne kontaktes per brev eller på telefon fordi den geografiske avstand er større.

Ordningen må da antas å være lettere å benytte for utstasjonerte arbeidstakere, enn det å involvere Arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet.

Videre kan innsynsrettsordningen virke som et lavterskeltilbud. Barrieren for å ta kontakt kan være lav, sammenlignet med det å ta kontakt med offentlig myndighet. Det er rimelig å anta at utstasjonerte arbeidstakere må føle seg ganske sikre på at de har en god sak, at de er i stand til å fremlegge denne på en overbevisende måte, og at de vil bli møtt med respekt fra offentlig ansatte, for at de skal ta kontakt med Arbeids- og/eller Petroleumstilsynet. Utstasjonerte arbeidstakere kommer fra ulike land i Europa. Tilliten til offentlig myndighet er ikke like stor i alle land, og måten å håndtere sosial forskjeller på, kan også variere. Man skal m.a.o. ikke undervurdere den usikkerhet utstasjonerte arbeidstakere kan føle når de oppholder seg i Norge.

Et annet viktig aspekt er at tillitsvalgte forutsetter å forhandle med vedkommende arbeidsgiver, slik at forholdene avgjøres lokalt. I den utstrekning tillitsvalgte gir arbeidsgiver direkte varsel om brudd på allmenngjøringsloven og arbeidsgiver retter opp illegal praksis, vil ikke nødvendigvis Arbeidstilsynet vite om det.

Det er også begrensninger lagt i ordningen. En begrensning er at tillitsvalgte har rett, men ikke plikt til å utøve innsyn. Utenlandske arbeidstakere og/eller deres representanter kan ikke kreve at norske tillitsvalgte benytter den innsynsretten de har.

Videre medfører ordningen at tillitsvalgte får en slags dobbeltposisjon. De skal være en slags hjelper for å effektivisere tilsynsarbeidet. Men de er også tillitsvalgte for norske organiserte arbeidstakere. Det er ganske uvanlig at tillitsvalgte får mandat til å blande seg inn i forholdene for uorganisert arbeidskraft eller arbeidstakere som er organisert i andre arbeidstakereorganisasjoner. Det er ikke gitt at det er sammenfallende interesser mellom organiserte og uorganiserte arbeidstakere, og det er heller ikke gitt at norske tillitsvalgte hvis det foreligger interessekonflikt vil prioritere hensynet til utenlandske arbeidstakere.

Ordningen med tillitsvalgtes innsynsrett er en ny ordning i Norge. Hvor effektiv den vil bli, kan først vurderes når den har vært virksom i lenger tid. Og vilkårene kan også bli

endret. I handlingsplan to mot sosial dumping opplyses det at Arbeidstilsynet kun har ”mottatt et fåtall henvendelser knyttet til innsynsrett for tillitsvalgte.”²⁷³

Når en skal vurdere om innsynsrettsordningen er egnet til å beskytte utenlandske arbeidstakers rettigheter, må fordelene ved ordningen, slik de er skissert overfor, tillegges større vekt enn ulempene. Den samlede vurdering er da at ordningen så langt må anses å fordelaktig.

Ordningen med tillitsvalgtes innsynsrett er imidlertid en ny ordning i Norge. Hvor effektiv den faktisk vil vise seg å kunne bli, kan derfor vurderes når den har vært virksom i lengre tid. Vilkårene for ordningen kan også bli endret. I Handlingsplan 2 mot sosial dumping opplyses det at Arbeidstilsynet kun har ”mottatt et fåtall henvendelser knyttet til innsynsrett for tillitsvalgte.”²⁷⁴ Hvis dette ikke endrer seg, kan ordningen reelt sett få mindre betydning for utenlandske arbeidstakere.

Ved vurderingen av om innsynsrettsordningen, i kraft av stille bestemte prosedyrer til rådighet for utenlandske arbeidstakere, er forenlig med de føringer som ligger i EU-retten, skal det noteres EF-domstolen har vært varsom med å overprøve medlemsstatenes skjønn mht tiltak som skal beskytte arbeidstakere. Dette er redegjort for i avhandlingens punkt 3.2.4.2. og forholdsmessighetsvurderingens prinsipielle side, referer Sejersted m.fl. vurdering av domstolens praksis med hensyn til dette: ”I utgangspunktet vil hver enkelt stat ha en betydelig frihet til å bestemme hvilket beskyttelsesnivå den ønsker.”²⁷⁵

5.5.4.2 Innsynsretten: Det minst restriktive alternativ?

I en artikkel skrevet forut for innføringen av innsynsretten trekker Kolstad og Hjelmeng følgende slutning om hvorvidt ordningen vil innebære mer effektiv kontroll av om allmenngjøringsvedtak etterleves:

²⁷³ Ot.prp.nr.92 (2008-2009) s. 11.

²⁷⁴ Ot.prp.nr.92 (2008-2009) s. 11.

²⁷⁵ Sejersted m.fl.: *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2003, s 458.

”Dersom tillitsvalgte eller fagorganisasjoner gis en tilsvarende adgang til å be om opplysninger fra arbeidsgivere etter vedtak om allmenngjøring er rettet mot, vil dette antageligvis resultere i en noe mer intensiv kontroll av om allmenngjøringsvedtak følges. Det kan allikevel ikke ses at kontrollen med oppfyllelsen av vedtak om allmenngjøring vil bli mer effektiv som følge av dette, forutsatt at det kompetente tilsyn vil foreta de kontroller som er nødvendige for å sikre etterlevelsen av vedtak fra Tariffnemnda og går til anmeldelse av de brudd som finnes etter § 9. En ordning med dobbelt kontroll vil derfor antageligvis ikke tilfredsstille proporsjonalitetskravet.”²⁷⁶

Gitt at ”det kompetente tilsyn” utfører de kontroller som er *nødvendige*, kan en ifølge denne vurderingen ikke legge til grunn at innsynsrettsordningen øker effekten av kontrollvirksomheten.

Kolstad og Hjelmeng argumentasjon åpner for at innsynsrettsordningen kan avvikles dersom kompetent tilsyn faktisk kan foreta de kontroller som er ”nødvendige” for å sikre etterlevelsen av allmenngjøringsvedtak og går til og går til ”anmeldelse av de brudd som finnes etter § 9”. Dette kan ikke være et ressurs spørsmål. Innskrenkninger i tjenestefriheten kan ikke begrunnes med at forvaltningens oppgaver skal bli lettere, jf Forsikringssaken mot Tyskland, C-205/84, premiss 54.

Spørsmålet er om Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet er i stand til å sikre at allmenngjorte tariffavtaler etterleves i tilstrekkelig grad. Som før nevnt, er tilsynene gitt nye fullmakter: De har fått anledning til å gi pålegg, ilegge tvangsmulkt, og begjære stansning, jf allmenngjøringsloven § 11 annet ledd, og er gitt økte bevilgninger som en del av regjeringens handlingsplaner og statsbudsjetter, se for øvrig avhandlingens punkt 2.3.3. Det er også innført regler om ID-kort, noe som gjør det lettere for utenforstående, herunder Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet, å avdekke lovstridige arbeidsforhold.

Dertil kommer at også oppdragsgiver er ansvarliggjort ved regler om påseplikt og solidaransvar. Det gjør at også oppdragsgiver skal påse og kontrollere at utenlandske, herunder utstasjonerte arbeidstakere, er gitt lønns- og arbeidsvilkår i overensstemmelse med allmenngjorte tariffavtaler.

En innføring av innsynsrett må være et nødvendig supplement til disse. Den må bidra til en grad av etterlevelse *som ikke* kan oppnås ved Arbeidstilsynet og

²⁷⁶ Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 36.

Petroleumstilsynets kontroll eller Arbeidstilsynets og Petroleumstilsynets kontroll i kombinasjon med regler om solidaransvar og påseplikt. I motsatt fall vil innsynsretten representere et unødvendig tillegg.

Videre forutsetter det også proporsjonalitetsvurderingen at innsynsretten *ikke i seg selv* er uproporsjonalt. Vurderingen blir derfor todelt.

Spørsmålet om innsynsretten utgjør et nødvendig supplement til øvrige tilsynsordninger, er en vurdering av hvilke fordeler tillitsvalgte innsynsrett har for å avdekke brudd som ikke kan oppnås på andre og mindre inngripende måter.

Hvilke særlige fordeler tillitsvalgte har for å avdekke brudd på allmenngjorte tariffavtaler, er redegjort for i punkt 5.5.4.1. På bakgrunn av den vurderingen må det antas at innsynsretten har visse særlige forutsetninger for å avdekke brudd som Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet ikke vil kunne få, selv om de skulle gis økte bevilgninger. Dette gjelder spesielt den innsikt tillitsvalgte har i lokale forhold. Tillitsvalgte har en lokal kunnskap om arbeidsplass, andre arbeidstakere og arbeidsrutiner som offentlig tilsyn ikke vil oppnå, selv om det innføres ID-kort. Utenlandske, herunder utstasjonerte arbeidstakere, vil muligens også finne det lettere å kontakte tillitsvalgte enn offentlig tilsyn. Økte bevilgninger til offentlige myndigheter endrer ikke på dette.

Etter mitt skjønn vil heller ikke regler om påseplikt og solidaransvar frata de "særfordeler" som følger med en innsynsrett for tillitsvalgte. Oppdragsgivere vil ved påseplikt, og særlig regler om solidaransvar, ha et økonomisk incentiv for å avdekke brudd på allmenngjorte tariffavtaler blant underleverandører. De vil likevel være "utenforstående" dersom de undersøker. Og ved en undersøkning, vil de vite lite om den faktiske situasjonen på arbeidsplassen. Etter min vurdering har innsynsretten visse sider som ikke gjør den unødvendig mht de øvrige kontrolltiltak som også er innført.

Det vil sannsynligvis ikke oppnås et tilsvarende engasjement fra tillitsvalgte dersom de er henvist til å sende bekymringsmeldinger, altså hvis en tenker kompetansen bort. Mye av den manglende etterlevelsen av allmenngjorte tariffavtaler forekommer blant uorganiserte arbeidstakere i ledd lengre ned i kontraktskjeden. Dersom tillitsvalgte bare kan sende bekymringsmeldinger, vil det etter mitt skjønn også undergrave den preventive effekten ved ordningen. Det vil heller ikke være like naturlig for utenlandske, herunder

utstasjonerte arbeidstakere, når de vet at dette er utenfor den tillitsvalgtes myndighetsområde.

Spørsmålet blir da om innsynsretten er en ordning som *i seg selv* er uproporsjonal. Innsynsretten påfører utenlandske virksomheter belastninger. Dette kan enten skyldes at innsynsretten utløser uproporsjonale belastninger, eller fordi ordningen legger opp til en dobbelbelastning for virksomheter.

Belastningen er i hovedsak knyttet til opplysningsplikten og medvirkningsplikten overfor tillitsvalgte. Videre kan en dokumentasjonsplikt komme oppå en tilsvarende begjæring fra øvrige tilsyn, ved dette kan det inntre en form for dobbelbelastning, jf *De forente saker Arblade*, C-369/96.

Virksomheter forutsettes å medvirke, enten ved å frigi egnet dokumentasjon, eller ved å bidra til at underliggende virksomheter frigir dokumentasjon. Dokumentasjonsplikten må også oppfylles på bestemte måter. Det gjelder bl.a. et skriftlighetskrav og et krav til å sladde eller på andre måter unnta opplysninger som gjør at individuelle arbeidstakere kan identifiseres, jf forskriftens § 9 første ledd annet punkt. Dette er belastninger som påhviler utenlandske virksomheter. I *Kommisjonen mot Tyskland*²⁷⁷ legges til grunn at et krav om oversettelse av bestemte bilag til tysk og oppbevaring på bestemte arbeidsplasser var nødvendig for at inspektører kunne foreta en kontroll av virksomheters etterlevelse av lovfestede minimumskrav. Den ble derfor funnet proporsjonal. I motsatt ende finner du *De forente saker Arblade*. Kravet om oppbevare og utarbeide et arbeidsregulativ ble funnet unødvendig, og derfor uproporsjonalt.

Kravet om å sende skriftfeste og å sende kopi av arbeidsavtaler, lønnslipper, og å unnta personopplysninger, må underlegges en tilsvarende nødvendighetsvurdering. I seg selv er ikke et skriftlighetskrav uproporsjonalt, det illustrerer *Kommisjonen mot Tyskland*. Heller ikke kan visse bearbeidelse av dokumentene i seg selv være uproporsjonale. Det avgjørende må være at dokumentene er "necessary to ensure compliance with the national provisions regarding worker protection."²⁷⁸ Det kan spørres om det er nødvendig at disse opplysningene gis til private aktører. I *Kommisjonen mot Tyskland* hadde kravet til

²⁷⁷ *Kommisjonen mot Tyskland*, C-490/04.

²⁷⁸ Det var dette var som var vurderingstemaet i *Kommisjonen mot Tyskland*, C-490/04 premiss 71.

oversettelse og oppbevaring avgjørende betydning for inspektørers mulighet til å inspisere byggeplasser. Umiddelbart virker det ikke like nødvendig å gi dokumenter til tillitsvalgte, når det uansett er et offentlig tilsyn ved Arbeidstilsynet og Petroleurstilsynet. Videre skjer ikke utleveringen til tillitsvalgte som en del av inspeksjonen. Dette gjør det også vanskeligere å argumentere for nødvendigheten av et slikt dokumentasjonskrav, særlig tatt i betraktning at utstasjoneringsdirektivets artikkel 4 legger opp til en informasjonsutveksling mellom medlemsstater. En slik informasjonsutveksling vil kanskje være vanskelig når det skal foretas inspeksjon, men når dokumentene ikke skal utleveres innen et så smalt tidsrom, burde dette være uproblematisk.

Det kan argumenteres for at en avgivelse av slike opplysninger til private aktører – dels med konkurrerende interesser – vil øke belastningen.²⁷⁹ Det dreier seg om opplysningene som ville være taushetsbelagt dersom de ble avgitt til offentlige organer, som Arbeidstilsynet, jf forvaltningsloven § 13. Riktignok har tillitsvalgte taushetsplikt, jf forskriften 11 og overtredelse av taushetsplikten straffesanksjonert, jf forskriften § 10. Dette utelukker likevel ikke en fare for misbruk, særlig ettersom tillitsvalgte kan gjøre bruk av ”rådgivere som er nødvendige for å få språklig, økonomisk, juridisk eller annen faglig bistand, jf § 11 annet ledd. Etter mitt skjønn er det problemer ved utformingen av innsynsretten, en utforming som kan gjøre ordningen uproporsjonal.

Innsynsretten er utformet slik at det er en risiko for dobbelkontroll. Det kan bl.a. forekomme en dobbelkontroll dersom tillitsvalgte og offentlig tilsyn ikke koordinerer begjæringer om innsyn. Riktignok forutsetter en reaksjon overfor virksomheter at Arbeidstilsynet eller Petroleurstilsynet involveres, men tillitsvalgte har likevel ingen varslingsplikt. Det kan derfor forekomme situasjoner der de to ulike instanser begjærer innsyn uavhengig av hverandre. Dette er likevel lovgiver oppmerksom på og departementet uttaler selv at de i forslaget legger opp til et ”samarbeid mellom tillitsvalgte og tilsynsmyndigheter.” Departementet uttaler videre:

²⁷⁹ Se for øvrig Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 36.

”Etter departementets syn vil eventuelt merarbeid for virksomhetene som følge av en slik innsynsrett være lite og ikke uforholdsmessig i forhold til at tiltaket fører til at vi vil oppnå en mer effektiv etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter.”²⁸⁰

At det skal forekomme en dobbelkontroll samtidig begjæringer om innsyn fra tillitsvalgte og oppdragsgiver, virker etter mitt skjønn lite trolig. Innsynsretten er utformet slik at begjæring om innsyn må skje gjennom egen arbeidsgiver. Dersom egen arbeidsgiver skulle utføre påseplikt og dermed begjære opplysninger for underliggende virksomheter utlevert, vil en begjæring om innsyn resultere i at arbeidsgiver frigir allerede innhentede opplysninger til tillitsvalgte. For at tillitsvalgte også skal ha anledning til å kreve opplysninger direkte fra underleverandør, kreves det at arbeidsgiver ikke medvirker, jf forskriftens § 9 annet ledd. Dersom arbeidsgiver allerede har innhentet opplysningene ved bruk av påseplikt, virker det lite sannsynlig.

Risikoen for dobbelkontroll ved ulike tillitsvalgte, må også være liten. Innsynsretten forutsettes å koordineres dersom flere tillitsvalgte er gitt rett til å begjære innsyn. Dette legges bl.a. til grunn i veiledningen til forskriftens § 7. Her kan det likevel være en fare for dobbelbelastning.

Etter mitt skjønn vil en innsynsrett for tillitsvalgte *i prinsippet* kunne være nødvendig for å sikre etterlevelsen av allmenngjorte tariffavtaler. I sin nåværende form vil den imidlertid fremstå som uproporsjonal ut fra de føringer som ligger i EU-retten. Dette gjelder særlig på grunn av kravene til innhenting av dokumentasjon. Her er utfallet ikke definitivt. Antagelig kan en heller ikke si noe helt bestemt om det før innsynsretten har virket en periode. Siste ord er ikke sagt.

5.6 Med utstasjoneringsdirektivet artikkel 5 som endestasjon

Utstasjoneringsdirektivets artikkel 5 legger til grunn at kontrollordninger skal være egnede ordninger. Det er tvilsomt om utstasjoneringsdirektivets artikkel 5 gir rom for ordninger som kan stiller seg tvilsomme etter traktatretten. Dette kan illuteres av flere forhold.

²⁸⁰ Innst.O.nr.92 (2006-2007) punkt 1.5.

Kommisjonen bruker selv traktatretten når den vurderer om kontrolltiltak kan opprettholdes etter utstasjoneringsdirektivet:

”In light of available information and pending further assesment, a number of control measures applied by Member States do not seem to be in conformity with article 49 EC as interpreted by the ECJ. A final assessment of the situation will, however depend on an assessment as to whether certain legitimate monitoring need can be fullfilled by improved access to information and/or more effective cooperation between the host Member State and the Member State of orgin.”²⁸¹

EF-domstolen har også sett hen til traktatretten for å vurdere spørsmål under artikkel 5 i utstasjoneringsdirektivet. Dette var bl.a. tilfelle i *Wolff & Müller*.²⁸² Domstolen avgjorte i realiteten spørsmålet om kontrollordningen var i overensstemmelse med direktivets artikkel 5 ved en traktatfestet vurdering.

En må kunne anta at innsynsretten vil måtte underlegges en tilsvarende vurdering. Jeg viser i den forbindelse til premiss 30 siste del der domstolen uttaler:

“(...) they must however at all times observe the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty (Case C-390/99 *Grand Satélite Digital* [2002] ECR I-607, paragraphs 27 and 28 and Case C-71/02 *Karner* [2004] ECR I-0000, paragraphs 33 and 34) and, thus, in regard to the main proceedings, freedom to provide services.”

Etter en traktatrettslig vurdering, vender domstolen tilbake til direktivets artikkel 5 og uttaler:

”In those circumstances the reply to the question referred must be that Article 5 of Directive 96/71, interpreted in the light of Article 49 EC, does not preclude, in a case such as that in the main proceedings, a national system whereby, when subcontracting the conduct of building work to another undertaking, a building contractor becomes liable, in the same way as a guarantor who has waived the defence of prior recourse, for the obligation on that undertaking or that undertaking’s subcontractors to pay the minimum wage to a worker or to pay contributions to a joint scheme for parties to a collective agreement where the minimum wage means the sum payable to the worker after deduction of tax, social security contributions, payments towards the promotion of employment or

²⁸¹ COM (2007) 304 final

²⁸² *Wolff & Müller*, C-60/03.

other such social insurance payments (net pay), if the safeguarding of workers' pay is not the primary objective of the legislation or is merely a subsidiary objective.”²⁸³

²⁸³ Dommens premiss 45.

Kilder og litteraturliste

Alle henvisninger til internettsider er kontrollert 12.4. 2010.

Norske lover

- | | |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1927 | Lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1. |
| 1988 | Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) 26. juni 1988 nr. 64. |
| 1993 | Lov om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven) m.v. av 24. april 1993 nr. 63. |
| 2005 | Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62. |

Forskrifter

Forskrift 16. desember 2005 *om utsendte arbeidstakere*

Forskrift 26. juni 2006 nr. 703 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land

Forskrift 26. juni 2006 nr. 704 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen.

Forskrift 26. juni 2006 nr. 705 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Hordaland

Forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

Forskrift 6. oktober 2008 nr. 1121 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge

Forskrift 6.oktober 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien.

Forskrift av 16. november 2009 nr. 1375 om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.

Handlingsplaner

1.mai 2006 *Handlingsplan 1 mot sosial dumping*

7.oktober 2008 *Handlingsplan 2 mot sosial dumping*

Offentlige dokumenter

Stortingsdokumenter

St.meld. nr. 2 (2005–2006) *Revidert Nasjonalbudsjett*

St.meld. nr.2 (2006-2007) *Revidert Nasjonalbudsjett*

St.prp. nr. 67 (2008-2009) *Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2009*

Ot.prp.nr.92 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. og lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*

Ot.prp.nr.56 (2006-2007) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)*

Ot.prp.nr.40 (2008–2009) *Om lov om endringer i utlendingsloven (opphør av overgangsordningene for EU8-landene)*

Ot.prp. nr. 88 (2008–2009) *Om lov om endringer av allmenngjøringsloven m.m. (Solidaransvar m.v.).*

Innst.O.nr.92 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)

NOU 2004:5, *Arbeidslivslovsutvalget*

Annet

Høringsnotat fra Arbeids- og sosialdepartementet av 06.09.2007

Arbeids- og inkluderingsdepartementet tildelingsbrev til Arbeidstilsynet, av 26. januar 2008

Tariffavtaler

Verkstedsoverenskomsten mellom NHO/Norsk industri og LO/Fellesforbundet, 2006-2008

Hovedavtalen LO/NHO (2008-2009)

Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter/Akademikerene (2008-2011)

Fellesoverenskomsten for Byggfag (2006-2008)

Høringsuttalelser

Evju, Stein. *Evaluering av almenngjøringsordningen – høring*, 2006. Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006.

Evju, Stein. Høring – *Effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar*, av 9. mars 2009

NHO Høring – Forskrift om påseplikt og innsynsrett, av 05.12.2007.

Høring – forslag om ny forskrift om id-kort – innføring av krav om id-kort for renholdsbransjen samt enkelte endringer i ordningen for bygge- og anleggsbransjen, av 8. mars 2010

Høring Byggenæringens Landsforening – *Effektivisering av allmenngjøringsloven og solidaransvar for allmenngjorte lønn*, 4. mars 2008

Høringsbrev YS – forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, 06.12.2007

Norske dommer

Oslo tingsretts dom av 29.01.2010. Gyldigheten av forskrift.

<<http://www.lo.no/Documents/Dom%20i%20sak.rtf>>

EU: traktater, direktiver, forordninger og andre EU dokumenter

Traktater

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

EU-direktiver og forordninger

Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71 EF om *utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (Utstasjoneringsdirektivet)*

Rådsdirektivet 91/533/EØF om *arbeidsgiverens plikt til at underrette arbeidstageren om vilkårene for arbeidskontrakten eller ansettelsesforholdet.*

Rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatens lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter

Rådets direktiv 75/129/EØF af 17. februar 1975 om *tilnærmelse av medlemsstatenes lovgivninger vedrørende kollektive avskjedigelser*

Andre EU-dokumenter

COM (2003) 458 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The implementation of Directive 96/71/EC in the Member States.*

COM (2007) 304 final. *Communication from the Commision to the council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Posting of workers in the framework of the provision of services: maximising its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers.*

Rådsdirektiv

Rådsdirektiv 93/104/EF *om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden*

Rådsdirektiv 98/59/EF *masseoppsigelsesdirektivet*

Rådsdirektiv 2001/23/EF *virksomhetsoverdragelsesdirektivet*

Rådsdirektiv 2006/123/EF *om tjenesteytelser i det indre marked*

Rådsdirektiv 2008/104/EF *om vikararbeid*

EF/EØS-dommer

Case C-175/78 Saunders [1979] ECR 1129

Case C-279/80 Webb [1981] ECR 3305

Joined Cases C-62/81 and 63/81 – Seco and Desquennes & Giral [1982] ECR 223

Case C-218/82 Kommisjonen for de europeiske felleskap mot rådet for de europeiske felleskap

Case C-205/84 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1986] ECR 3755

Case C-263/86, *Humbel and Edel* [1988] ECR I-05365

Case C-302/86, *Commission v Denmark* [1988] ECR 4607

Case C-113/89 *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration* [1990] ECR I-1417

Case C-15/78 *Société Générale Alsacienne de Banque v Koestler* [1978] ECR I-1971

Case C-279/80 *Webb* [1981] ECR 3305

Joined Cases C-62/81 and C-63/81 *Seco* [1982] ECR 223

Case C-205/84 *Commission v Germany* [1986] ECR 3755

Case C-352/85 *Bond van Adverteerders v Netherlands State* [1988] ECR 2085

Case C-288/89 *Gouda* [1991] ECR I-4007

Case C-76/90 *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] ECR I-04221

Case C-159/90 *SPUC v Grogan* [1991] ECR I-4685

Case C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039

Case C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141

Case *C-55/94 Gebhard* [1995] ECR I-4165

Case *C-272/94 Guiot* [1996] ECR I-1905

Case *C-398/95 SETTG* [1997] ECR I-3091

Joined Cases *C-51/96* and *C-191/97 Deliege v Ligue francophone* [2000] ECR I-2549

Joined cases *C-369/96* and *C-376/96 Arblade* (1999) ECR I-8453

Case *C-124/97 Läärä* (1999) ECR I-6067

Joined Cases *C-49/98*, *C-50/98*, *C-52/98* to *C-54/98* and *C-68/98* to *C-71/98 Finalarte* [2001] ECR I-7831

Case *C-67/98 Zenatti* [1999] ECR I-7289

Case *C-97/98 Jägerskiöld v Gustafsson* [1999] ECR I-7319

Case *C-165/98 Mazzoleni and ISA* [2001] ECR I-2189

Case *C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)* [2001] ECR I-1795

Case *C-164/99 Portugaia Construções* [2002] ECR I-787

Case *C-205/99 Analir and Others* [2001] ECR I-1271

Case *C-439/99 Commission of the European Communities v Italian Republic* [2002] ECR I-305

Case C-243/01 *Piergiorgio Gambelli* [2003] ECR I-13031

Case C-387/01 *Weigel* [2004] ECR I-4981

Case C-341/02 *Commission v Germany* [2005] ECR I-02733

Case C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] ECR I-9553

Case C-134/03 *Viacom Outdoor v Giotto Immobilier* [2005] ECR I-1106

Case C-445/03 *Commission v Luxembourg* [2004] ECR I 10191

Joined Cases C-544/03 and C-545/03 *Mobistar* [2005] ECR I-7723

Case C-168/04 *Commission v Austria* [2006] ECR I-9041

Case C-244/04 *Commission v Germany* [2006] ECR I-885

Case C-433/04 *Commission v Belgium* [2006] ECR I-10653

Case C-490/04 *Commission v Germany* [2007] ECR I-6095

Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others*
ECR 2007 I-11767

Case C-319/06 *Commission v Luxembourg, posted workers II* [2008] ECR I-4323

Case C-346/06 *Dirk Rüffert, in his capacity as liquidator of the assets of Objekt und Bauregie GmbH & Co v Land Niedersachsen* [2008] ECR, I-01989

Andre lands offentlige dokumenter

SOU 2005:89: SOU 2005:89 [Statens offentliga utredningar] *Bevakning av kollektivavtals efterlevnad*

Anvendt litteratur

Alsos, Kristin: *Tillitsvalgtes og fagforbundets rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår – en komparativ studie av regelverket i utvalgte europeiske land*. I: *Arbeidsrett*, nr. 2, 2007, s. 140–150

Alsos, Kristin, Stein Evju og Anne Marit Ødegaard: *Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping*, FAFO-notat, 2008:05, s. 13-14

Barnard, Catherine: *The substantive Law of the EU. Four freedoms*, second edition, Oxford University, 2006

Barnard, Catherine: *Restricting Restrictions*, *Cambridge Law Journal*, 68(3), November 2009

Bull, Henrik: *Det indre marked for tjenester og kapital*, Universitetsforlaget, 2002

Davies, A.C.L.: *One Step Forward, Two Steps Back?* I: *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 2008, s. 126–148.

Dribbusch, Heiner: *Germany: Wage formation*, Institute of Economic and Social Research, 31-03-09. <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0808019s/de0808019q.html>>.

Dølvik, Jon Erik og Line Eldring. *Industrial relations responses to migration and posting of workers after EU enlargement: Nordic trends and differences*. I: Transfer, 2006 s. 213–230.

Dølvik, Jon Erik og Line Eldring *Arbeidsmobilitet fra de nye EU-landene til Norden – utviklingstrekk og konsekvenser*. I: TemaNord 2008/502

Evju, Stein. *Laval and Viking Line at a first glance*. I: Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland/. Helsingfors. 2008, s. 454-464.

Evju, Stein. *The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*. I: Formula Working Papers. Oslo, 2009.

Evju, Stein: *Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1. 2005, s.175-225

Evju, Stein, *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*, Arbeidsrett, volum 5 nr. 1. 2008, s. 1-20

Evju, Stein: *Tillåtet kräva handlingar på värdlandets språk av företag som utstationerar arbetstagare*, EU & arbetsrätt nr. 3/2007

Fellesforbundet. *Byggenæringa må ta ansvar – solidaransvar, hvitbok om solidaransvar for lønn i byggenæringa*.

http://www.fafo.no/Oestforum/Kunnskapsbase/Publikasjoner/Andre%20publikasjoner/hvit_bok_solidaransvar_del%20I.pdf

Funk, Lothar og Hagen Lesch: *Minimum Wage Regulation in Selected European Countries*. In *Intereconomics*, Vol 4, 2006, s. 78–92

Harbo, Tor-Inge: The Function of The Proportionality Principle in EU Law, *European Law Journal*, volum 16. Nr. 2, mars 2010, side 158-185

Hjelmeng, Erling og Olav Kolstad, *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, Arbeidsrett, 2006 s. 1-41

Houwerzijl, Mijke. *Towards a More Effective Posting Directive*. I: Roger Blanpain (ed.): *Freedom of Services in the European Union, Labour and Social Security: The Bolkenstein Directive*. I: Kluwer Law International 2006, s. 179-197.

Hös, Nikolett: *The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?* EUI Working Papers Law 2009/06, European University Institute, Department of Law.

Krings, Torben. *A Race to the Bottom? Trade unions, EU enlargement and the free movement of labour*. I: *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 15, No. 1, 2009, 49-69.

New Webster's Dictionary and Thesaurus of the English Language. Danbury, 1992.

Sejersted, Fredrik og Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett*. Universitetsforlaget (2.utgave) 2004

Sjödin, Eric. *The Restricting Labour Market*, Working papers for the conference "Service Mobility, Posting of Workers, and Labour Market Governance" 28 May 2009.

Steiner, Josephine og Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, *EU Law* Oxford University Press. (10th edition) 2009

Stensvik, Kjetil. *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-rettslige reglene om fri bevegelse for tjenester*. I: *Arbeidsrett*, vol. 4, nr. 1 2007, s. 1-54.

Sutherland, Peter. *Assimilating Foreign Workers in an Aging Population*. In: *Guide to the World's Leading Labour and Employment Lawyers*. 2008 edition. 2007. Tilgjengelig på <<http://www.mop.ie>> (Matheson Ormsby Prentice.)

Tridimas, Takis: *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford University Press, 2006

Vi blir... Om arbeidsinnvandring fra Polen og Baltikum. IMDi-rapport 1-2008

Vos, Marc De , *Free Movement of Workers, Free movement of Services, and the Posted Workers Directive: A Bermuda Triangle for National Labour Standards*, ERA Forum, Springer Germany Heidelberg, volum 7 nr. 3, 2006

Watson, Philippa. *EU Social and Employment Law, Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009
